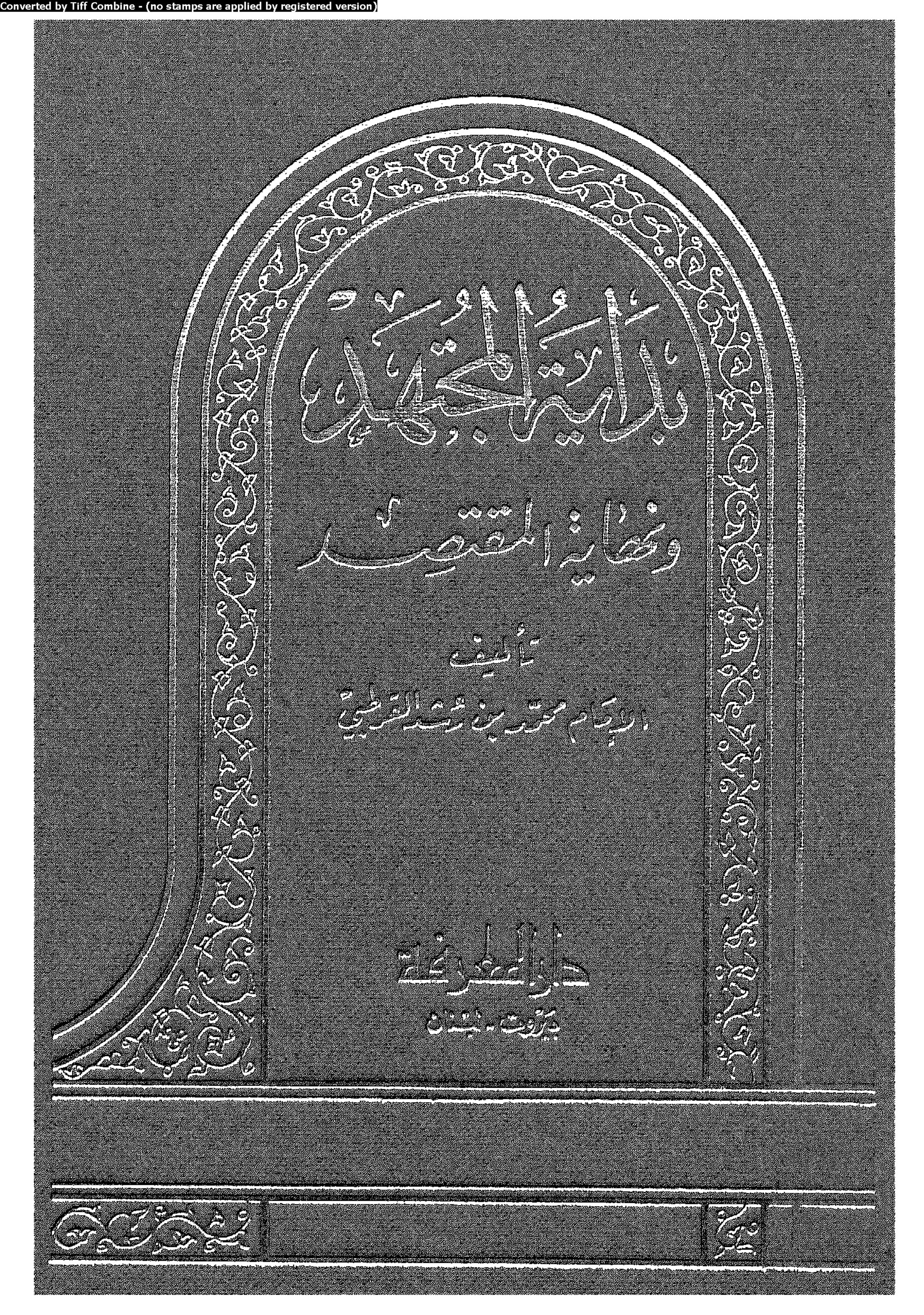
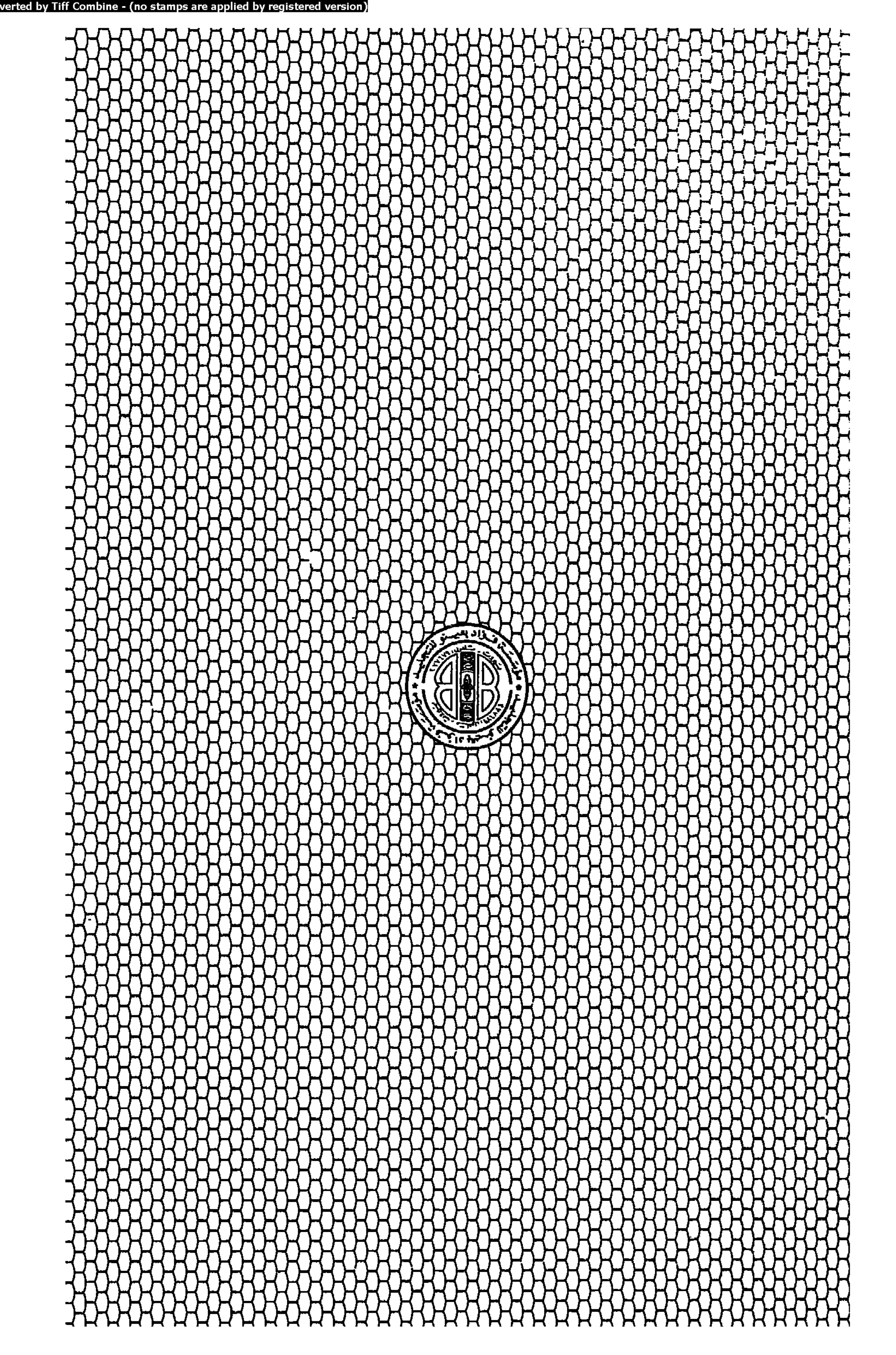
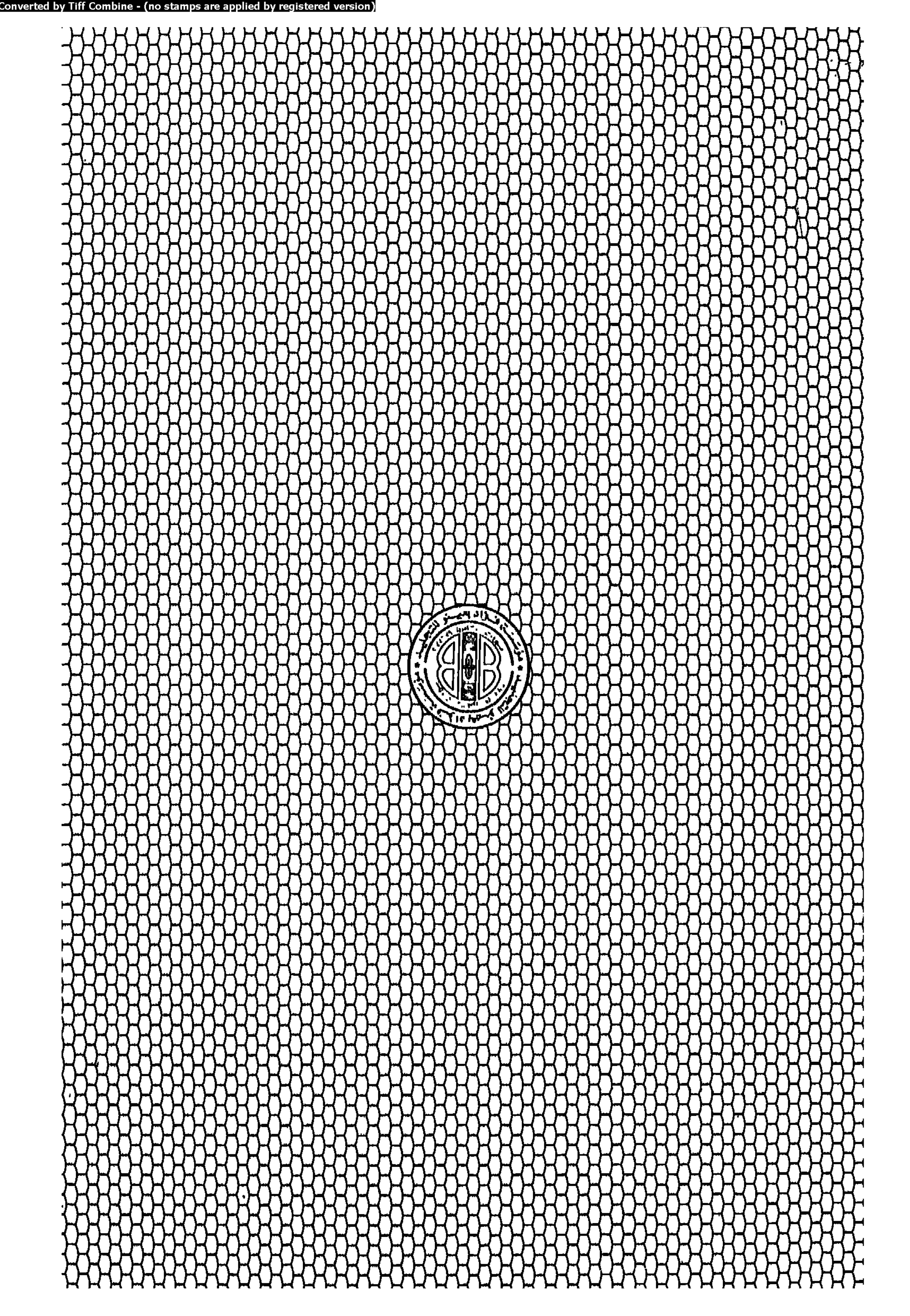

بداية المجتهد
ونهاية المقتصد
تأليف
الإمام محمد بن رشد القرطبي
دار المعرفة
بيروت - لبنان







بداية المجتهد

ونهاية المقتصد

تأليف الإمام أبي الوليد
محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
٥٢٠ ـ ٥٩٥ هـ

الجزء الثاني

الطبعة السادسة
١٤٠٢هـ ١٩٨٢م

[تمتاز بضبط الآيات القرآنية والأحاديث النبوية]

الناشر
دار المعرفة
للطباعة والنشر
بيروت . لبنان

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى خمسة أبواب : الباب الأول : فى مقدمات النكاح . الباب الثانى : فى موجبات صحة النكاح . الباب الثالث : فى موجبات الخيار فى النكاح . الباب الرابع : فى حقوق الزوجية . الباب الخامس : فى الأنكحة المنهى عنها والفاسدة .

الباب الأول فى مقدمات النكاح

وفى هذا الباب أربع مسائل فى حكم النكاح وفى حكم خطبة النكاح ، وفى الخطبة على الخطبة ، وفى النظر إلى المخطوبة قبل التزويج . فأما حكم النكاح فقال قوم : هو مندوب إليه، وهم الجمهور ؛ وقال أهل الظاهر : هو واجب؛ وقالت المتأخرة من المالكية : هو فى حق بعض الناس واجب ، وفى حق بعضهم مندوب إليه ، وفى حق بعضهم مباح ؛ وذلك بحسب ما يخاف على نفسه من العنت . وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به فى قوله تعالى - فَانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ - وفى قوله عليه الصلاة والسلام « تَنَاكَحُوا فإنِّى مُكاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ » وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة فى ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة . فأما من قال إنه فى حق بعض الناس واجب ، وفى حق بعضهم مندوب إليه ، وفى حق بعضهم مباح ، فهو التفات إلى المصلحة ، وهذا النوع من القياس هو الذى يسمى المرسل ، وهو الذى ليس له أصل معين يستند إليه ، وقد أنكره كثير من العلماء ، والظاهر من مذهب مالك القول به ○

وأما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة ، وقال داود هي واجبة . وسبب الخلاف هل يحمل فعله فى ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب : فأما الخطبة على الخطبة ، فإن النهى فى ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه أولا يدل : وإن كان يدل ففى أى حالة يدل ؟ فقال داود يفسخ ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ ؛ وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده ؛ وقال ابن القاسم : إنما معنى النهى إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح ، وأما إن كان الأول غير صالح والثانى صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لافى أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس « حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية ابن أبي سفيان خطباها ، فقال : أمَّا أبُو جَهْمٍ فَرَجُلٌ لايَرْفَعُ عَصَاهُ عَنِ النِّساءِ ، وأمَّا مُعاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لامالَ لَهُ ، ولَكِنِ انْكِحِى أُسامَةَ » . وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة ، فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط ؛ وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوأتين ؛ ومنع ذلك قوم على الإطلاق ؛ وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين . والسبب فى اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر إليهن مطلقا ، وورد بالمنع مطلقا ، وورد مقيدا : أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء فى قوله تعالى - ولا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ ما ظَهَرَ مِنْها - إنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما فى الحج عند الأكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر إلى النساء .

الفصل الثانى فى موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان : الركن الأول : فى معرفة كيفية هذا العقد . الركن الثانى : فى معرفة محل هذا العقد . الثالث : فى معرفة شروط هذا العقد .

(الركن الأول) فى الكيفية . والنظر فى هذا الركن فى مواضع : فى كيفية الإذن المنعقد به ، ومن المعتبر رضاه فى لزوم هذا العقد ، وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز ؟ وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد ، أم من شرط ذلك الفور ؟ .

(الموضع الأول) الإذن فى النكاح على ضربين : فهو واقع فى حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ ، وهو فى حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت : أعنى الرضا . وأما الرد فباللفظ ولا خلاف فى هذه الجملة إلا ما حكى عن أصحاب الشافعى أن إذن البكر إذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق ، وإنما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِها مِن وَلِيِّهَا ، والبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فى نَفْسِها وإِذْنُها صُمَاتُها » واتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن إذنه اللفظ ، وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا فى انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج . وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فمن ألحقه بالعقود التى يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ؛ ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأى لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعى من ذلك ، أعنى أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة .

(الموضع الثانى) وأما مَن المعتبر قبوله فى صحة هذا العقد ، فإنه يوجد فى الشرع على ضربين : أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما : أعنى الزوج والزوجة ، إما مع الولى ، وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولى فى رضا المرأة المالكة أمر نفسها . والثانى يعتبر فيه رضا الأولياء فقط ، وفى كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول : أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم فى صحة النكاح . واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس

يجبره ؟ فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح ، وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعى : لايجبره . والسبب فى اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟ وكذلك اختلفوا فى جبر الوصىّ محجوره ، والخلاف فى ذلك موجود فى المذهب . وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاذّ ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغى أن لايتوقف فى ذلك . وأما النساء اللاتى يعتبر رضاهنّ فى النكاح ، فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام « والثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِها » إلا ما حكى عن الحسن البصرى . واختلفوا فى البكر البالغ وفى الثيب الغير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعى وابن أبى ليلى : للأب فقط أن يجبرها على النكاح ؛ وقال أبوحنيفة والثورى والأوزاعى وأبو ثور وجماعة : لابدّ من اعتبار رضاها ؛ ووافقهم مالك فى البكر المعنسة على أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى هذا للعموم ، وذلك أن ما روى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله : « لاتُنْكَحُ اليَتِيمَةُ إلاَّ بإذْنِها » وقوله « تُسْتَأْمَرُ اليَتِيمَةُ فى نَفْسِها » خرجه أبو داود ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة ، وقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عباس المشهور « والبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ » يوجب بعمومه استئمار كل بكر . والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرّج مسلم فى حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : « والبِكْرُ يَسْتَأْذِنُها أبُوها » وهو نص فى موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ ، فإن مالكا وأباحنيفة قالا : يجبرها الأب على النكاح ؛ وقال الشافعى : لايجبرها ؛ وقال المتأخرون : إن فى المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ؛ وقول إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون ؛ وقول إنه لايجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبى تمام ؛ والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « تُسْتَأمرُ اليَتيمةُ فى نفسها ولا تُنكحُ اليَتيمةُ إلاَّ بإذنها ،

يفهم منه أن ذات الأب لاتستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله « لاتُنْكَحُ الأيمُ حتّى تُستأمَرَ ولا تُنْكَحُ حتّى تُستأذَنَ » يدل بعمومه على ما قاله الشافعى . ولاختلافهم فى هاتين المسئلتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لايجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا فى موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر ؟ فمن قال الصغر قال : لاتجبر البكر البالغ ؛ ومن قال البكارة قال : تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ؛ ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد قال : تجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الأول تعليل أبى حنيفة ، والثانى تعليل الشافعى ، والثالث تعليل مالك ، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبى حنيفة . واختلفوا فى الثيوبة التى ترفع الإجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثيوبة التى تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لاتكون بزنى ولا بغصب ؛ وقال الشافعى : كل ثيوبة ترفع الإجبار . وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية ؟ . واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ، ولا يستأمرها لما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بإنكاح أبى بكر أبيها رضى الله عنه » إلا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة . واختلفوا من ذلك فى مسئلتين : إحداهما هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟ والثانية هل يزوج الصغير غير الأب ؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا ؟ فقال الشافعى : يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط ؛ وقال مالك : لايزوجها إلا الأب فقط ، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد ؛ وقال أبو حنيفة : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ، ولها الخيار إذا بلغت ، وسبب اختلافهم معارضة

العموم للقياس ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « والبكر تستأمر وإذنها صماتها » يقتضى العموم فى كل بكر إلا ذات الأب التى خصصها الإجماع ، إلا الخلاف الذى ذكرناه ؛ وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب فى هذا المعنى ، فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط ، لأنه فى معنى الأب إذ كان أباً أعلى ، وهو الشافعى ؛ ومن قصر ذلك على الأب رأى أن ما للأب فى ذلك غير موجود لغيره ، إما من قبل أن الشرع خصه بذلك ، وإما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لايوجد فى غيره ، وهو الذى ذهب إليه مالك رضى الله عنه ، وما ذهب إليه أظهر - والله أعلم - إلا أن يكون هنالك ضرورة . وقد احتج الحنفية بجواز إنكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى - فإنْ خِفْتُمْ أنْ لاتُقْسِطُوا فى اليتامَى فانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ - قال : واليتيم لاينطلق إلا على غير البالغة . والفريق الثانى قالوا : إن اسم اليتيم قد ينطلق على بالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة » والمستأمرة هى من أهل الإذن وهى البالغة ، فيكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو اشتراك اسم اليتيم ؛ وقد احتج أيضا من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة فى نفسها » قالوا : والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق ، فوجب المنع ، ولأولئك أن يقولوا : إن هذا حكم اليتيمة التى هى من أهل الاستئمار ، وأما الصغيرة فسكوت عنها . وأما : هل يزوج الولى غير الأب الصغير ؟ فإن مالكا أجازه للوصى ؛ وأبا حنيفة أجازه للأولياء ، إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ ، ولم يوجب ذلك مالك ؛ وقال الشافعى : ليس لغير الأب إنكاحه . وسبب اختلافهم قياس غير الأب فى ذلك على الأب . فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لايوجد فى غير الأب لم يجز ذلك ؛ ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ؛ ومن فرّق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ولا تملكه المرأة ، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا .

(وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار ، فإنه

الجمهور على أنه لايجوز ؛ وقال أبو ثور يجوز . والسبب فى اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لايجوز فيها الخيار ، والبيوع التى يجوز فيها الخيار ، أو نقول إن الأصل فى العقود أن لاخيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت الخيار الدليل . أو نقول إن أصل منع الخيار [1] فى البيوع هو الغرر والأنكحة لاغرر فيها ؛ لأن المقصود بها المكارمة لاالمكايسة ، ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية فى النكاح أشد منه فى البيوع . وأما تراخى القبول من أحد الطرفين عن العقد ، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ، ومنعه قوم ، وأجازه قوم ، وذلك مثل أن ينكح الولى امرأة بغير إذنها ، فيبلغها النكاح فتجيزه ، وممن منعه مطلقا الشافعى ؛ وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه ، والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك . وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين فى وقت واحد معا ، أم ليس ذلك من شرطه ؟ ومثل هذا الخلاف عرض فى البيع .

(الركن الثانى : فى شروط العقد) وفيه ثلاثة فصول : الفصل الأول : فى الأولياء . الثانى : فى الشهود . الثالث : فى الصداق .

الفصل الأول فى الأولياء

والنظر فى الأولياء فى مواضع أربعة : الأول : فى اشتراط الولاية فى صحة النكاح . الموضع الثانى : فى صفة الولى . الثالث : فى أصناف الأولياء وترتيبهم فى الولاية . وما يتعلق بذلك . الرابع : فى عضل الأولياء من يلونهم ، وحكم الاختلاف الواقع بين الولى والمولى عليه .

(الموضع الأول) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لايكون نكاح إلا بولى ، وأنها شرط فى الصحة فى رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة وزفر والشعبى والزهرى : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز ؛ وفرّق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولى فى البكر وعدم اشتراطه

---

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، وليس لها معنى واضح .

فى الثيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك فى الولاية قول رابع أنه اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة ، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك، أعنى أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام . وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هى ظاهرة فى اشتراط الولاية فى النكاح فضلا عن أن يكون فى ذلك نص ، بل الآيات والسنن التى جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هى كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها من يشترط إسقاطها هى أيضا محتملة فى ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة فى ألفاظها مختلف فى صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل، لأن الأصل براءة الذمة ، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال فى ذلك ، فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى ـ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ـ قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم حق فى الولاية لما نهوا عن العضل ، وقوله تعالى ـ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ـ قالوا : وهذا خطاب للأولياء أيضا ؛ ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا ، فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ » خرجه الترمذى وقال فيه : حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة ، فقوله تعالى ـ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِى أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ـ قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها فى العقد على نفسها . قالوا : وقد أضاف إليهن فى غير ما آية من الكتاب الفعل فقال ـ أن ينكحن أزواجهن ـ وقال ـ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا

غَيْرَهُ ـ . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تُستأمر فى نفسها وإذنها صُمَاتها » وبهذا الحديث احتج داود فى الفرق عنده بين الثيب والبكر فى هذا المعنى ، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع . فأما قوله تعالى ـ فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن ـ فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح ، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم فى صحة العقد لاحقيقة ولا مجازا ، أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم ، وكذلك قوله تعالى ـ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ـ هو أن يكون خطابا لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطابا للأولياء ، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء . أو لأولى الأمر ؛ فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر فى خطاب الأولياء منه فى أولى الأمر ، فإن قيل إن هذا عام والعلم يشمل ذوى الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع ، فيستوى فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولى مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة فى الإذن أصله الأجنبى ، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم فى صحة النكاح لكان مجملا لايصح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم ، والبيان لايجوز تأخيره عن وقت الحاجة ، ولو كان فى هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر ، لأن هذا مما تعم به البلوى ؛ ومعلوم أنه كان فى المدينة من لاولى له ، ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر ، والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف فى وجوب العمل به ، والأظهر أن ما لايتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به . وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولى لمن لها ولى : أعنى المولى عليها ، وإن سلمنا أنه عام فى كل امرأة فليس فيه أن المرأة لاتعقد على

نفسها ، أعنى أن لاتكون هى التى تلى العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولى لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط فى صحة النكاح إشهاد الولى معها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى ـ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِى أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَعْرُوفٍ ـ فإن المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن ، وليس ههنا شىء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولى إلا عقد النكاح ، فظاهر هذه الآية ـ والله أعلم ـ أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد ، وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف . وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد ، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر ، لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولى فبماذا ليت شعرى تكون الأيم أحق بنفسها من وليها ؟ وحديث الزهرى هو أن يكون موافقا هذا الحديث أحرى من أن يكون معارضا له ، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط ، ويكون السكوت كافيا فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى ـ فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف ـ هو أظهر فى أن المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله ـ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ـ على أن الولى هو الذى يلى العقد . وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهرى ، وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه ، قالوا : والدليل على ذلك أن الزهرى لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة . وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال « لانِكاحَ إلاَّ بِوَلِىٍّ وَشاهِدَىْ عَدْلٍ » ولكنه مختلف فى رفعه . وكذلك اختلفوا أيضا فى صحة الحديث الوارد « فى نكاح النبى عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه » . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح كما يكتفى به فى التصرف فى المال ، ويشبه أن يقال إن

المرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال ، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة فى هذا المعنى على التأبيد ، مع أن ما يلحقها من العار فى إلقاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها ، لكن يكفى فى ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة ، والمسئلة محتملة كما ترى ، لكن الذى يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لايجوز ، فإذا كان لايجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى فى هذه المسئلة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين : إما أنه ليست الولاية شرطا فى صحة النكاح وإنما للأولياء الحسبة فى ذلك ، وأما إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولى وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الأبعد مع وجود الأقرب .

(الموضع الثانى) وأما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها ، فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة ، وأن سوالبها أضداد هذه : أعنى الكفر والصغر والأنوثة ؛ واختلفوا فى ثلاثة : فى العبد والفاسق والسفيه . فأما العبد فالأكثر على منع ولايته ، وجوزها أبو حنيفة ؛ وأما الرشد فالمشهور فى المذهب : أعنى عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها : أعنى الولاية ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : ذلك من شرطها ؛ وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى ، وبقول الشافعى قال أشهب وأبو مصعب . وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال ؛ فمن رأى أنه قد يوجب الرشد فى هذه الولاية مع عدمه فى المال قال : ليس من شرطه أن يكون رشيدا فى المال ؛ ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال : لابد من الرشد فى المال ، وهما قسمان كما ترى ، أعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى : أعنى هذه الولاية ، فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لايختار لها الكفاءة . وقد يمكن أن يقال إن الحالة التى بها يختار الأولياء لولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهى خوف لحوق العار بهم ، وهذه هى موجودة بالطبع ، وتلك العدالة

الأخرى مكتسبة ، ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى عدالته .

(الموضع الثالث) وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ، ومجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنية . واختلفوا فى الوصى ؛ فقال مالك : يكون الوصى وليا ، ومنع ذلك الشافعى . وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب فيها ، أم ليس يمكن ذلك ؟ . ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى الوكالة فى النكاح ، لكن الجمهور على جوازها إلا أبا ثور ، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء ، لأن الوصى وكيل بعد الموت ، والوكالة تنقطع بالموت . واختلفوا فى ترتيب الولاية من النسب ، فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن ، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ثم الآباء ثم الإخوة للأب والأم ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وإن علوا . وقال المغيرة : الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ليس من أصل[1] ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل ، والوصى عنده أولى من ولى النسب : أعنى وصى الأب واختلف أصحابه فيمن هو أولى وصى الأب أو ولى النسب ؟ فقال ابن القاسم الوصى أولى ، مثل قول مالك ؛ وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم : الولى أولى ؛ وخالف الشافعى مالكا فى ولاية البنوة فلم يجزها أصلا ، وفى تقديم الإخوة على الجد فقال : لاولاية للابن ؛ وروى عن مالك أن الأب أولى من الابن وهو أحسن ؛ وقال أيضا : الجد أولى من الأخ ، وبه قال المغيرة ؛ والشافعى اعتبر التعصيب ، أعنى أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر « لاتنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذى الرأى من أهلها أو السلطان » ولم يعتبره مالك فى الابن لحديث أم سلمة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر ابنها أن ينكحها إياه » ولأنهم اتفقوا : أعنى مالكا والشافعى على أن الابن يرث الولاء الواجب للأم ، والولاء عندهم للعصبة . وسبب اختلافهم فى الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الأخ ؟ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة : أحدها : إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب . والثانية : إذا غاب الأقرب

---

(١) هكذا بالأصل ، ولعل صوابه : لأنه ليس بأصل ، فليتأمل ، اهـ مصححه .

هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان ؟ . والثالثة : إذا غاب الابن عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لاتنتقل ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) فاختلف فيها قول مالك ، فمرة قال : إن زوّج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ، ومرة قال : النكاح جائز ، ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ ، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصى فى محجورته ، فإنه لايختلف قوله إن النكاح فى هذين مفسوخ ، أعنى تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى ؛ وقال الشافعى : لاينعقد أحد مع [حضور الأب لا فى بكر ولا فى ثيب . وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى : أعنى ثابتا] بالشرع فى الولاية ، أم ليس بحكم شرعى ؟ وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الأقرب ، أم ذلك حق من حقوق الله ؟ فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ؛ ومن رأى أنه حكم شرعى ورأى أنه حق للولى قال : النكاح منعقد ، فإن أجازه الولى جاز ، وإن لم يجزه انفسخ ؛ ومن رأى أنه حق لله قال : النكاح غير منعقد ، وقد أنكر قوم هذا المعنى فى المذهب ؛ أعنى أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد .

(وأما المسئلة الثانية) فإن مالكا يقول : إذا غاب الولى الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد ؛ وقال الشافعى : تنتقل إلى السلطان . وسبب اختلافهم هل الغيبة فى ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ وذلك أنه لا خلاف عندهم فى انتقالها فى الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى غيبة الأب عن ابنته البكر ، فإن فى المذهب فيها تفصيلا واختلافا ، وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به . وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة ، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون ، وإما للأمرين جميعا ؛ فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت فى صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزويج لاتزوج وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيدا ، فقيل تزوج وهو قول مالك ؛ وقيل لاتزوج ، وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما إن

علمت النفقة أو كانت فى غير صون فإنها تزوج أيضا فى هذه الأحوال الثلاثة : أعنى فى الغيبة البعيدة ، وفى الأسر ، والجهل بمكانه ؛ وكذلك إن اجتمع الأمران فإذا كانت فى غير صون تزوج وإن لم تدع إلى ذلك ؛ ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لاتزوج فى الغيبة القريبة المعلومة لمكان إمكان مخاطبته ، وليس يبعد بحسب النظر المصلحى الذى انبنى عليه هذا النظر أن يقال إن ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وإن كان الموضع قريبا ؛ وإذا قلنا إنه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب ؛ فإن جعلت امرأة أمرها إلى وليين فزوجها كل واحد منهما ، فإنه لايخلو أن تكون تقدم أحدهما فى العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ، ثم لايخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم ، فأما إذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما . واختلفوا إذا دخل الثانى ؛ فقال قوم هى للأول ؛ وقال قوم هى للثانى ، وهو قول مالك وابن القاسم ، وبالأول قال الشافعى وابن عبد الحكم ؛ وأما إن أنكحاها معا فلا خلاف فى فسخ النكاح فيما أعرف . وسبب الخلاف فى اعتبار الدخول أو لااعتباره معارضة العموم للقياس ، وذلك أنه قد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا » فعموم هذا الحديث يقتضى أنها للأول دخل بها الثانى أو لم يدخل ؛ ومن اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة فى البيع المكروه وهو ضعيف . وأما إن لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ ؛ وقال مالك : يفسخ ما لم يدخل أحدهما ؛ وقال شريح : تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج ، وهو شاذ ، وقد روى عن عمر بن عبد العزيز .

(الموضع الرابع : فى عضل الأولياء) واتفقوا على أنه ليس للولى أن يعضل وليته إذا دعت إلى كفء وبصداق مثلها وأنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها ما عدا الأب ، فإنه اختلف فيه المذهب . واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هى الكفاءة المعتبرة فى ذلك وهل صداق المثل منها أم لا ؟ وكذلك اتفقوا على أن للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب فى ابنته البكر . أما غير البالغ باتفاق ، والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم ، وكذلك الوصى فى محجوره على القول بالجبر ؛

فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر فى ذلك إلا ما روى عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين ، ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوّجها الأب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم فى ذلك فيفرق بينهما ، وكذلك إن زوّجها ممن ماله حرام ، أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق . واختلفوا فى النسب هل هو من الكفاءة أم لا ؟ وفى الحرية وفى اليسار وفى الصحة من العيوب ، فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالى من العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى ـ إنَّ أكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أتْقَاكُمْ ـ وقال سفيان الثورى وأحمد : لاتزوج العربية من مولى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لاتزوج قرشية إلا من قرشى ، ولا عربية إلا من عربى . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « تُنْكَحُ المَرْأةُ لِدِينِها وَجَمالِهَا وَمالِهَا وَحَسَبِها فاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَمِينُكَ » فمنهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « فعليك بذات الدين تربت يمينك » ومنهم من رأى أن الحسب فى ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال ، وأنه لايخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع ، وهو كون الحسن ليس من الكفاءة ، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة ، وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر بجهة مَّا ، ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر ، أعنى إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ، ولم ير ذلك أبو حنيفة . أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخيير الأمة إذا عتقت . وأما مهر المثل فإن مالكا والشافعى يريان أنه ليس من الكفاءة ، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل : أعنى البكر ، وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال ؛ وقال أبو حنيفة : مهر المثل من الكفاءة . وسبب اختلافهم أما فى الأب فلاختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا أم لا ؟ . وأما فى الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية فى مقدار الصداق إذا كانت رشيدة كما ترتفع فى سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق إذ كانت لاترتفع

عنها فى التصرف فى النكاح ، والصداق من أسبابه ، وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها ، لكن أتى الأمر بالعكس . ويتعلق بأحكام الولاية مسئلة مشهورة ، وهى هل يجوز للولى أن ينكح وليته من نفسه أم أم لايجوز ذلك ؟ فمنع ذلك الشافعى قياسا على الحاكم والشاهد ، أعنى أنه لايحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك ولا أعلم له حجة فى ذلك إلا ما روى من « أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولى » لأن ابنها كان صغيرا ، وما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية فجعل صداقها عتقها » . والأصل عند الشافعى فى أنكحة النبى عليه الصلاة والسلام أنها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته فى هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ، ولكن تردد قوله فى الإمام الأعظم .

الفصل الثانى فى الشهادة

واتفق أبو حنيفة والشافعى ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح ، واختلفوا هل هى شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ؛ واتفقوا على أنه لايجوز نكاح السر . واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر ؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : ليس بسر . وسبب اختلافهم هل الشهادة فى ذلك حكم شرعى أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فمن قال حكم شرعى قال : هى شرط من شروط الصحة ؛ ومن قال توثق قال : من شروط التمام . والأصل فى هذا ما روى عن ابن عباس « لانكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد » ولا مخالف له من الصحابة ، وكثير من الناس رأى هذا داخلا فى باب الإجماع وهو ضعيف ، وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدارقطنى ، وذكر أن فى سنده مجاهيل ؛ وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين ، لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط ؛ والشافعى يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين : أعنى الإعلان والقبول ، ولذلك اشترط فيها العدالة ؛ وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصى الشاهدان بالكتمان . وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟

والأصل فى اشتراط الإعلان قول النبى عليه الصلاة والسلام « أعْلِنُوا هَذَا النِّكاح واضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ » خرّجه أبو داود ، وقال عمر فيه : هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت : وقال أبو ثور وجماعة : ليس الشهود من شرط النكاح ، لاشرط صحة ولا شرط تمام ، وفعل ذلك الحسن بن على ، روى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح .

الفصل الثالث فى الصداق

والنظر فى الصداق فى ستة مواضع : الأول : فى حكمه وأركانه . الموضع الثانى فى تقرر جميعه للزوجة . الموضع الثالث : فى تشطيره . الموضع الرابع : فى التفويض وحكمه . الموضع الخامس : الأصدقة الفاسدة وحكمها . الموضع السادس : فى اختلاف الزوجين فى الصداق .

(الموضع الأول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل : الأولى : فى حكمه ؛ الثانية : فى قدره . الثالثة : فى جنسه ووصفه . الرابعة : فى تأجيله .

(المسئلة الأولى) أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لايجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى - وآتُوا النِّساء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً - وقوله تعالى - فانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ - .

(المسئلة الثانية) وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد . واختلفوا فى أقله ؛ فقال الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد ، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشىء جاز أن يكون صداقا ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك ؛ وقال طائفة بوجوب تحديد أقله ، وهؤلاء اختلفوا ، فالمشهور فى ذلك مذهبان : أحدهما مذهب مالك وأصحابه ؛ والثانى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ؛ فأما مالك فقال : أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة ، أو ماساوى الدراهم الثلاثة ، أعنى دراهم الكيل فقط فى المشهور ؛ وقيل أو ما يساوى أحدهما ؛ وقال أبو حنيفة : عشرة دراهم أقله ؛ وقيل خمسة دراهم ؛ وقيل أربعون درهما . وسبب اختلافهم فى التقدير سببان : أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الأعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال فى البيوعات ، وبين أن يكون عبادة

فيكون مؤقتا ، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ، ومن جهة أنه لايجوز التراضى على إسقاطه يشبه العبادة .
والسبب الثانى معارضة هذا القياس، فالمقتضى التحديد لمفهوم الأثر الذى لايقتضى التحديد . أما القياس الذى يقتضى التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته ، وفيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك ، فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هَلْ معكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إيَّاهُ ؟ فقال : ما عندى إلا إزارى ، فقال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : إنْ أعطيتَها إيَّاهُ جلَسْتَ لا إزارَ لكَ فالْتَمِسْ شَيْئًا ، فقال : لاأجد شيئا ، فقال عليه الصلاة والسلام : الْتَمِسْ وَلَوْ خاتَمًا مِنْ حَدِيد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ القرآن ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا ـ لسور سماها ـ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قَدْ أنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ » قالوا : فقوله عليه الصلاة والسلام « التمس ولو خاتما من حديد » دليل على أنه لاقدر لأقله لأنه لو كان له قدر لبينه إذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهذا الاستدلال بيّن كما ترى مع أن القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته ، وذلك أنه انبنى على مقدمتين : إحداهما أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة مؤقتة ، وفى كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلفى فى الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة ، بل الواجب فيها هو أقل ماينطلق عليه الاسم . وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصا ، وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » وهذا خلاف للأصول ، وإن كان قد جاء فى بعض رواياته أنه قال « قُمْ فَعَلِّمْهَا » لما ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلمها ، فجاء نكاحا بإجارة ، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر

الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما . وذلك أن القياس الذى استعملوه فى ذلك هو أنهم قالوا : عضو مستباح بمال ، فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع ، وضعف هذا القياس هو من قبل الاستباحة فيهما هى مقولة باشتراك الاسم ، وذلك أن القطع غير الوطء ، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه ، وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ، ومن شأنه قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذى به تشابه الفرع والأصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى ، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه ، وهذا كله معدوم فى هذا القياس ، ومع هذا فإنه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين ، لكن لم يستعملوا هذا القياس فى إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو فى غاية الضعف ، وإنما استعملوه فى تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ، ويشهد لعدم التحديد ما خرّجه الترمذى « أن امرأة تزوجت على نعلين ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرَضِيتِ مِنْ نَفْسِكِ وَمَالِكِ بِنَعْلَيْنِ ؟ فقالت نعم ، فجوّز نكاحها » وقال هو حديث حسن صحيح . ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة ، فقال مالك : هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لأنه النصاب فى السرقة عنده ؛ وقال أبو حنيفة : هو عشرة دراهم ، لأنه النصاب فى السرقة عنده ؛ وقال ابن شبرمة : هو خمسة دراهم ، لأنه النصاب عنده أيضا فى السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محددا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لامَهْرَ بأقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ » ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لأنه كان يجب لموضع هذا الحدث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص ، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه ، قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطأة عن عطاء عن جابر ، ومبشر والحجاج ضعيفان ، وعطاء أيضا لم يلق جابرا ، ولذلك لا يمكن أن يقال إن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضا . واختلفوا من ذلك فى مكانين : فى النكاح بالإجارة ، وفى جعل عتق أمته صداقها . أما النكاح على الإجارة فى المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالإجازة ، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة : والمشهور عن مالك الكراهة ، ولذلك رأى فسخه قبل الدخول ، وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون ، وهو قول الشافعى ، ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة إلا فى العبد فإن أبا حنيفة أجازه . وسبب اختلافهم سببان : أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر بالعكس ؟ فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى - إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ - الآية ؛ ومن قال ليس بلازم قال : لايجوز النكاح بالإجارة . والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ، ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية ، وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة ، والإجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة على المستأجر ؛ وأما كون العتق صداقاً فإنه منعه فقهاء الأمصار ماعدا داود وأحمد . وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد فى ذلك للأصول ، أعنى ما ثبت من « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » مع احتمال أن يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه فى هذا الباب ، ووجه مفارقته للأصول أن العتق إزالة ملك ، والإزالة لاتتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لأنها إذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ؟ ولذلك قال الشافعى : إنها إن كرهت زواجه غرمت له قيمتها ، لأنه رأى أنها قد أتلفت عليه قيمتها إذ كان إنما أتلفها بشرط الاستمتاع بها ، وهذا كله لايعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ، ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام . والأصل أن أفعاله لازمة لنا ، إلا ما قام الدليل على خصوصيته . وأما صفة الصداق فإنهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العوض المعين الموصوف ، أعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف .

واختلفوا فى العوض الغير موصوف ولا معين ، مثل أن يقول أنكحتكها على عبد أو خادم ، من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته ، فقال مالك وأبو حنيفة يجوز ؛ وقال الشافعى لا يجوز ؛ وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى ؛ وقال أبو حنيفة : يجبر على القيمة . وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح فى ذلك مجرى البيع من القصد فى التشاح ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فمن قال يجرى فى التشاح مجرى البيع قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ؛ ومن قال ليس يجرى مجراه إذ المقصود منه إنما هو المكارمة قال : يجوز . وأما التأجيل فإن قوما لم يجيزوه أصلا ، وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئا منه إذا أراد الدخول وهو مذهب مالك ؛ والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه إلا لزمن محدود وقدر هذا البعد ، وهو مذهب مالك ؛ ومنهم من أجازه لموت أو فراق ، وهو مذهب الأوزاعى . وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التأجيل أو لا يشبهه ؟ فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ؛ ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ؛ ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

(الموضع الثانى : فى النظر فى التقرر) واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى ـ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ـ الآية . وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا إلا انعقاد الإجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه ، بل يجب بالدخول والخلوة ، وهو الذى يعنون بإرخاء الستور ؟ فقال مالك والشافعى وداود : لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس ؛ وقال أبو حنيفة ؛ يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرما أو مريضا أو صائما فى رمضان أو كانت المرأة حائضا ؛ وقال ابن أبى ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط فى ذلك شيئا . وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حكم الصحابة فى ذلك لظاهر الكتاب ، وذلك أنه نص تبارك وتعالى فى المدخول بها المنكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها

شيء فى قوله تعالى ـ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ـ ونص فى المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق ، فقال تعالى ـ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ـ وهذا نص كما ترى فى حكم كل واحدة من هاتين الحالتين : أعنى قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما ، فوجب بهذا إيجابا ظاهرا أن الصداق لايجب إلا بالمسيس ، والمسيس ههنا الظاهر من أمره أنه الجماع ، وقد يحتمل أن يحمل على أصله فى اللغة وهو المس ، ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ، ولذلك قال مالك فى العنين المؤجل إنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيرا فى إيجاب الصداق . وأما الأحكام الواردة فى ذلك عن الصحابة فهو أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم فى ذلك فيما حكموا . واختلفوا من هذا الباب فى فرع ، وهو إذا اختلفا فى المسيس أعنى القائلين باشتراط المسيس ، وذلك مثل أن تدعى هى المسيس وينكر هو ، فالمشهور عن مالك أن القول قولها ؛ وقيل إن كان دخول بناء صدقت ، وإن كان دخول زيارة لم تصدق ؛ وقيل إن كانت بكرا نظر إليها النساء ، فيتحصل فيها فى المذهب ثلاثة أقوال ؛ وقال الشافعى وأهل الظاهر : القول قوله ، وذلك لأنه مدعى عليه ؛ ومالك ليس يعتبر فى وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه ، بل من جهة ما هو أقوى شبهة فى الأكثر ، ولذلك يجعل القول فى مواضع كثيرة قول المدعى إذا كان أقوى شبهة . وهذا الخلاف يرجع إلى هل إيجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معلل ، وكذلك القول فى وجوب البينة على المدعى ، وسيأتى هذا فى مكانه .

(الموضع الثالث : فى التشطير) واتفقوا اتفاقا مجملا أنه إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى ـ فنصف ما فرضتم ـ الآية . والنظر فى التشطير فى أصول ثلاثة : فى محله من الأنكحة ؛ وفى موجبه من أنواع الطلاق : أعنى الواقع قبل الدخول ، وفى حكم ما يعرض له من التغييرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالك

فهو النكاح الصحيح ، أعنى أن يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد ، فإن لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففى ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه . واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ، ولا فرق بينه وبين [القيام بالعيب . وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق ، وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة ، وليس لها فى ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فإن لم يكن لأحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير . والذى يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه ، وأن ما كان فسخا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه . وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة ؛ فمن قال إنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال : إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شىء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ، ومن قال إنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال : يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها . فأما حكم ما يعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله ، فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه : إما أن يكون تلفا للكل ، وإما أن يكون نقصا ، وإما أن يكون زيادة ، وأما أن يكون زيادة ونقصا معا . وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة ، أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به إلى زوجها ؛ فعند مالك أنهما فى التلف وفى الزيادة وفى النقصان شريكان ؛ وعند الشافعى أنه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف

ولا يرجع بنصف الزيادة . وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أو لا تملكه ؟ فمن قال إنها لا تملكه ملكا مستقرا قال : هما فيه شريكان ما لم تتعد فتدخله فى منافعها ؛ ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ؛ ولم يختلفوا أنها إذا صرفته فى منافعها ضامنة للنصف. واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذى هو الثمن ؟ فقال مالك : يرجع عليها بنصف ما اشترته ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يرجع عليها بنصف الثمن الذى هو الصداق . واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للأب أن يعفو عن نصف الصداق فى ابنته البكر ؟ أعنى إذا طلقت قبل الدخول وللسيد فى أمته ؟ فقال مالك : ذلك له ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : ليس ذلك له . وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى ـ إلاَّ أنْ يَعْفُونَ أوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ـ وذلك فى لفظة «يعفو» فإنها تقال فى كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب ؛ وفى قوله « الذى بيده عقدة النكاح » على من يعود هذا الضمير هل على الولى أو على الزوج ؛ فمن قال على الزوج جعل « يعفو » بمعنى يهب ومن قال على الولى جعل « يعفو » بمعنى يسقط . وشذ قوم فقالوا : لكل ولى أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ، ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان فى الآية على السواء ، لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا فى الآية : أى شرعا زائدا ، لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع . ومن جعله الولى ، إما الأب وإما غيره فقد زاد شرعا ، فلذلك يجب عليه أن يأتى بدليل يبين به أن الآية أظهر فى الولى منها فى الزوج وذلك شىء يعسر ؛ والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها ؛ وشذ قوم فقالوا : يجوز أن تهب مصيرا لعموم قوله تعالى ـ إلاّ أن يعفون ـ . واختلفوا من هذا الباب فى المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ؛ فقال مالك : ليس يرجع عليها بشىء ؛ وقال الشافعى : يرجع عليها بنصف الصداق .

وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو فى عين الصداق أو فى ذمة المرأة ؟ فمن قال فى عين الصداق قال : لايرجع عليها بشىء لأنه قبض الصداق كله ؛ ومن قال هو فى ذمة المرأة قال : يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها : وفرق أبو حنيفة فى هذه المسئلة بين القبض ولا قبض ، فقال : إن قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شىء كأنه رأى أن الحق فى العين ما لم تقبض ، فإذا قبضت صار فى الذمة .

(الموضع الرابع : فى التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى ـ لَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ـ . واختلفوا من ذلك فى موضعين : أحدهما إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا فى القدر . الموضع الثانى : إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهى إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرا ، فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج فى ذلك خيار ، فإن طلق بعد الحكم ، فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ؛ ومنهم من قال : ليس لها شىء ، لأن أصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح ، وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ؛ وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها . وسبب اختلافهم ، أعنى بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلق بعد طلبها الفرض ، ومن لايوجب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى ـ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ـ هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم فى فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف فى ذلك ، وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال ، أو لايفهم ذلك ؟ فيه احتمال وإن كان الأظهر سقوطه فى كل حال لقوله تعالى ـ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ـ ولا خلاف أعلمه فى أنه إذا طلق ابتداء أنه ليس عليه شىء ، وقد كان يجب على من أوجب

لها المتعة مع شطر الصداق إذا طلق قبل الدخول فى نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل فى نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل ، لأن الآية لم تتعرض بمفهومها لإسقاط الصداق فى نكاح التفويض ، وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب فواجب أن يتشطر إذا وقع الطلاق كما يتشطر فى المسمى ، ولهذا قال مالك إنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهى إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها ، فإن مالكا وأصحابه والأوزاعى قالوا : ليس لها صداق ولها المتعة والميراث . وقال أبو حنيفة : لها صداق المثل والميراث وبه وقال أحمد وداود ، وعن الشافعى القولان جميعا ، إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما الأثر فهو ما روى عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسئلة فقال : أقول فيها برأيى فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فمنى : أرى لها صداق امرأة من نسائها لاوكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن يسار الأشجعى فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق ، خرجه أبو داود والنسائى والترمذى وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض ، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع . وقال المزنى عن الشافعى فى هذه المسئلة : إن ثبت حديث بروع فلا حجة فى قول أحد مع السنة ، والذى قاله هو الصواب والله أعلم .

(الموضع الخامس : فى الأصدقة الفاسدة) والصداق يفسد إما لعينه وإما لصفة فيه من جهل أو عذر ، فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لايجوز أن يتملك ، والذى يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه بالبيوع ، وفى ذلك خمس مسائل مشهورة :

(المسئلة الأولى) إذا كان الصداق خمرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرا شاردا ، فقال أبو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل ؛ وعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبى عبيد . والثانية أنه إن دخل ثبت ولها صداق المثل . وسبب اختلافهم هل حكم النكاح فى ذلك حكم البيع أم ليس كذلك ؟ فمن قال حكمه حكم البيع

قال : يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن، ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا فى صحة العقد قال : يمضى النكاح ويصحح بصداق المثل ، والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف ، والذى تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ، ولست أذكر الآن فيه نصا.

(المسئلة الثانية) واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع إليه عبدا ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق ، فمنعه مالك وابن القاسم ، وبه قال أبو ثور ، وأجازه أشهب ، وهو قول أبى حنيفة؛ وفرق عبد الله فقال : إن كان الباقى بعد البيع ربع دينار فصاعدا بأمر لايشك فيه جاز . واختلف فيه قول الشافعى ، فمرة قال : ذلك جائز ، ومرة قال: فيه مهر المثل. وسبب اختلافهم هل النكاح فى ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه ؟ فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ، ومن جوز فى النكاح من الجهل ما لايجوز فى البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه فى صداقها حباء يحابى به الأب على ثلاثة أقوال : فقال أبو حنيفة وأصحابه : الشرط لازم والصداق صحيح ؛ وقال الشافعى : المهر فاسد ولها صداق المثل ؛ وقال مالك: إذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته ، وإن كان بعد النكاح فهو له . وسبب اختلافهم تشبيه النكاح فى ذلك بالبيع ، فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء قال : لايجوز النكاح كما لايجوز البيع ؛ ومن جعل النكاح فى ذلك مخالفا للبيع قال : يجوز . وأما تفريق مالك فلأنه اتهمه إذا كان الشرط فى عقد النكاح أن يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ، ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق ، وقول مالك هو قول عمر ابن عبد العزيز والثورى وأبى عبيد . وخرج أبو داود والنسائى وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيّمَا امْرَأةٍ نَكَحَتْ عَلَى حِباءٍ قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكاحِ فَهُوَ لهَا ، وَمَا كانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكاحِ فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَهُ ، وأَحَقُّ ما أُكْرِمَ الرَّجُلُ عَلَيْهِ ابْنَتُهُ وأُخْتُهُ » وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من

قيل أنه صحفه ، ولكنه نص فى قول مالك . وقال أبو عمر بن عبد البر : إذا روته الثقات وجب العمل به .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب ، فقال الجمهور : النكاح ثابت . واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل ؟ واختلف فى ذلك قول الشافعى . فقال مرة بالقيمة ، وقال مرة بمهر المثل ؛ وكذلك اختلف المذهب فى ذلك ، فقيل ترجع بالقيمة ، وقيل ترجع بالمثل . قال أبو الحسن اللخمى : ولو قيل ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجها . وشذ سحنون فقال : النكاح فاسد . ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح فى ذلك البيع أو لا يشبهه ؟ فمن شبهه قال : ينفسخ ؛ ومن لم يشبهه قال : لا ينفسخ .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا فى الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف إن لم يكن له زوجة ، وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان ، فقال الجمهور بجوازه . واختلفوا فى الواجب فى ذلك ، فقال قوم : الشرط جائز ، ولها من الصداق بحسب ما اشترط ؛ وقالت طائفة : لها مهر المثل ، وهو قول الشافعى وبه قال أبو ثور ، إلا أنه قال : إن طلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا المتعة ؛ وقال أبو حنيفة : إن كانت له امرأة فلها ألف درهم ، وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الألفين أو أقل من الألف ؛ ويتخرج فى هذا قول أن النكاح مفسوخ لمكان الغرر ، ولست أذكر الآن نصا فيها فى المذهب فهذه مشهور مسائلهم فى هذا الباب وفروعه كثيرة . . واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضى به فى هذه المواضع وما أشبهها ، فقال مالك : يعتبر فى جمالها ونصابها ١ ومالها ؛ وقال الشافعى : يعتبر بنساء عصبتها فقط ؛ وقال أبو حنيفة : يعتبر فى ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ، ومبنى الخلاف هل المماثلة فى المنصب فقط أو فى المنصب والمال والجمال ، لقوله عليه الصلاة والسلام « تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها » الحديث .

(الموضع السادس : فى اختلاف الزوجين فى الصداق) واختلافهم لا يخلو أن يكون فى القبض أو فى القدر أو فى الجنس أو فى الوقت : أعنى وقت الوجوب

---

(١) قوله ونصابها : هكذا فى النسخ ولعله منصبها فتأمل اه مصححه .

فأما إذا اختلفا فى القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة ، فإن الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كثيرا ، فقال مالك : إنه إن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف ، وإن نكلا جميعا كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعا ، ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله ، وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج ؛ وقالت طائفة : القول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وابن أبى ليلى وابن شبرمة وجماعة؛ وقالت طائفة : القول قول الزوجة إلى مهر مثلها ، وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ؛ وقالت طائفة : إذا اختلفا تحالفا ورجع إلى مهر المثل ولم تر الفسخ كمالك ، وهو مذهب الشافعى والثورى وجماعة ، وقد قيل إنها ترد إلى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو .
واختلافهم مبنى على اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » هل ذلك معلل أو غير معلل ؟ فمن قال معلل قال : يحلف أبدًا أقواهما شبهة ، فإن استويا تحالفا وتفاسخا ، ومن قال غير معلل قال : يحلف الزوج لأنها تقرّ له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدرا زائدا فهو مدعى عليه ؛ وقيل أيضا يتحالفان أبدا ، لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأشباه ، والخلاف فى ذلك فى المذهب ومن قال القول قولها إلى مهر المثل ، والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبدا فى الدعوى ، بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله . وسبب اختلاف مالك والشافعى فى التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق المثل ، هو هل يشبه النكاح بالبيع فى ذلك أم ليس يشبهه ؟ فمن قال يشبهه قال بالتفاسخ ؛ ومن قال لا يشبهه ، لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال : بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شىء ولا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويرضى به فهو فى غاية الضعف ؛ ومن ذهب إلى هذا فإنما يشبهه باللعان ، وهو تشبيه ضعيف

مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما إذا اختلفا فى القبض فقالت الزوجة لم أقبض ، وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور : القول قول المرأة الشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور ؛ وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول ؛ وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبدا ؛ والقول بأن القول قولها أبدا أحسن لأنها مدعى عليها ، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التى له إذا دخل بها الزوج ؛ واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين أحسن . وأما إذا اختلف فى جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد ، وقالت هى زوجتك على هذا الثوب ، فالمشهور فى المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق مثل مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به ؛ وقال ابن القصار : يتحالفان قبل الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول ؛ وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبه سواء أشبه قولها أو لم يشبه ، فإن لم يشبه قول الزوج فإن كان قولها مشبها كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل ؛ وقول الشافعى فى هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهما فى القدر : أعنى يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل . وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ فى البيع ستعرف أصله فى كتاب البيوع إن شاء الله . وأما اختلافهم فى الوقت فإنه يتصور فى الكالئ . والذى يجىء على أصل قول مالك فيه فى المشهور عنه أن القول فى الأجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضا متى يجب هل قبل الدخول أو بعده ؟ فمن شبه النكاح بالبيوع قال : لا يجب إلا بعد الدخول قياسا على البيع إذ لا يجب الثمن على المشترى إلا بعد قبض السلعة ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط فى الحلية قال : يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق .

(الركن الثالث : فى معرفة محل العقد) وكل امرأة فإنها تحل فى الشرع بوجهين : إما بنكاح ، أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا

إلى قسمين : موانع مؤبدة ، وموانع غير مؤبدة . والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاث : نسب ، وصهر ، ورضاع . والمختلف فيها الزنى ، واللعان والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة : أحدها مانع العدد . والثانى : مانع الجمع . والثالث : مانع الرق والرابع : مانع الكفر والخامس : مانع الإحرام . والسادس . مانع المرض . والسابع : مانع العدة على اختلاف فى عدم تأبيده . والثامن : مانع التطليق ثلاثا للمطلق . والتاسع : مانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ، ففى هذا الباب أربعة عشر فصلا .

الفصل الأول فى مانع النسب

واتفقوا على أن النساء اللائى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات فى القرآن : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت. واتفقوا على أن الأم ههنا : اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب ؛ والبنت : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة ؛ وأما الأخت : فهى اسم لكل أنثى شاركتك فى أحد أصليك أو مجموعيهما أعنى الأب أو الأم أو كليهما ؛ والعمة : اسم لكل أنثى هى أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة ؛ وأما الخالة : فهى اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ؛ وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ؛ وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها . فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ، ولا خلاف أعلمه فى هذه الجملة . والأصل فيها قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ) إلى آخر الآية . وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين .

الفصل الثانى فى المصاهرة

وأما المحرمات بالمصاهرة فإنهن أربع : زوجات الآباء ، والأصل فيه قوله تعالى - ولا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّساءِ - الآية ، وزوجات

الأبناء . والأصل فى ذلك أيضا قوله تعالى ـ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ـ وأمهات النساء أيضا ، والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ـ . وبنات الزوجات ، والأصل فيه قوله تعالى ـ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ـ فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد ، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة بالدخول وهى ابنة الزوجة . واختلفوا منها فى موضعين : أحدهما هل من شرطها أن تكون فى حجر الزوج . والثانية هل تحرم بالمباشرة للأم للذة أو بالوطء ؟ . وأما أم الزوجة فإنهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط ؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب فى مسئلة رابعة ، وهى هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة ؛ فهنا أربع مسائل .

(المسئلة الأولى) وهى هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون فى حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه ؟ فإن الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم ؛ وقال داود ذلك من شرطه ؛ ومبنى الخلاف هل قوله تعالى ـ اللاتى فى حجوركم ـ وصف له تأثير فى الحرمة أو ليس له تأثير ، وإنما خرج مخرج الموجود أكثر ؟ فمن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطا فى الربائب ، إذ لا فرق فى ذلك بين التى فى حجره أو التى ليست فى حجره قال : تحرم الربيبة بإطلاق ؛ ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال : لا تحرم إلا إذا كانت فى حجره .

(المسئلة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء ؟ فإنهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرّم أم لا ؟ فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والأوزاعى والليث بن سعد : إن اللمس لشهوة يحرم الأم ، وهو أحد قولى الشافعى ؛ وقال داود والمزنى : لا يحرمها إلا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده ، والنظر عند مالك كاللمس إذا كان نظر تلذذ إلى أى عضو كان ، وفيه عنه خلاف ؛ ووافقه أبو حنيفة فى النظر إلى الفرج فقط ؛ وحمل الثورى النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة ؛

وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قوليه فلم يوجب فى النظر شيئا ، وأوجب فى اللمس . ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى ـ اللاتى دخلتم بهن ـ الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟ .

(المسئلة الثالثة) وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار إلى أنها تحرم بالعقد على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم إلى أن الأم لاتحرم إلا بالدخول على البنت كالحال فى البنت : أعنى أنها لاتحرم إلا بالدخول على الأم ، وهو مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة . ومبنى الخلاف هل الشرط فى قوله تعالى ـ اللاتى دخلتم بهن ـ يعود إلى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو إلى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب فى قوله تعالى ـ وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ـ فإنه يحتمل أن يكون قوله ـ اللاتى دخلتم بهن ـ يعود على الأمهات والبنات ، ويحتمل أن يعود إلى أقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « أيما رجل نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ فلا تَحِلُّ لَهُ أُمُّهَا » .

(وأما المسئلة الرابعة) فاختلفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء ما يوجب الوطء فى نكاح صحيح أو بشبهة ؟ أعنى الذى يدرأ فيه الحد ؛ فقال الشافعى : الزنا بالمرأة لايحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبى الزانى لها ولا ابنه ؛ وقال أبوحنيفة : والثورى والأوزاعى : يحرم الزنا ما يحرم النكاح وأما مالك فى الموطأ عنه مثل قول الشافعى أنه لايحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة أنه يحرم ؛ وقال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ، ويذهبون إلى ما فى الموطأ ؛ وقد روى عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرّم وهو شاذ . وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح : أعنى فى دلالته على المعنى الشرعى واللغوى ، فمن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ـ قال : يحرّم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لايحرّم الزنا ،

ومن علل هذا الحكم بالحرمة التى بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال: يحرّم الزنا أيضا ؛ ومن شبهه بالنسب قال : لايحرّم لإجماع الأكثر على أن النسب لايلحق بالزنا. واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح . واختلفوا فى تأثير المباشرة فى ملك اليمين كما اختلفوا فى النكاح .

الفصل الثالث فى مانع الرضاع

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب : أعنى أن المرضعة تنزل منزلة الأم، فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب . واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة ، القواعد منها تسع : إحداها : فى مقدار المحرم من اللبن . والثانية فى سن الرضاع . والثالثة فى حال المرضع فى ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا . والرابعة : هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدى أو لايعتبر . والخامسة : هل يعتبر فيه المخالطة أم لايعتبر . والسادسة : هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر والسابعة : هل ينزل صاحب اللبن : أعنى الزوج من المرضع منزلة أب ، وهو الذى يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب . والثامنة : الشهادة على الرضاع . والتاسعة : صفة المرضعة .

(المسئلة الأولى) أما مقدار المحرم من اللبن فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه ؛ وروى عن على وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس . وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى ؛ وقالت طائفة: بتحديد القدر المحرم ، وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق . فقالت طائفة : لاتحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها . وبه قال أبو عبيد وأبو ثور ؛ وقالت طائفة: المحرم خمس رضعات ، وبه قال الشافعى ؛ وقالت طائفة : عشر رضعات . والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة فى التحديد ومعارضة الأحاديث فى ذلك بعضها بعضا . فأما عموم الكتاب فقوله تعالى ـ وأُمَّهاتُكُمُ اللاَّتِى أَرْضَعْنَكُمْ ـ الآية ، وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الإرضاع ، والأحاديث المتعارضة فى ذلك راجعة إلى حديثين فى المعنى :

أحدهما حديث عائشة وما فى معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام « لاتحرّم المصّةُ ولا المَصَّتان أوِ الرَّضعَةُ والرَّضْعَتانِ » خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث ، وفيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتُحَرِّمُ الإمْلاجَةُ ولا الإمْلاجَتان » والحديث الثانى حديث سهلة فى سالم أنه قال لها النبى صلى الله عليه وسلم « أَرْضِعيهِ خمْسَ رَضْعات» وحديث عائشة فى هذا المعنى أيضا قالت «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن » فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال : تحرم المصة والمصتان ؛ ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب فى قوله عليه الصلاة والسلام « لاتحرم المصة ولا المصتان » على مفهوم دليل الخطاب فى حديث سالم قال : الثلاثة فما فوقها هى التى تحرم ، وذلك أن دليل الخطاب فى قوله « لاتحرم المصة ولا المصتان » يقتضى أن ما فوقها يحرم ، ودليل الخطاب فى قوله « أرضعيه خمس رضعات» يقتضى أن ما دونها لايحرم والنظر فى ترجيح أحد دليلى الخطاب .

(المسئلة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم فى الحولين . واختلفوا فى رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وكافة الفقهاء : لايحرم رضاع الكبير ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة ، ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبى عليه الصلاة والسلام . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك . وذلك أنه ورد فى ذلك حديثان : أحدهما حديث سالم ، وقد تقدم ، والثانى حديث عائشة خرجه البخارى و مسلم قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل ، فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب فى وجهه ، فقلت : يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال عليه الصلاة والسلام : انظُرْنَ مَنْ إخْوانُكُنَّ مِنَ الرَّضاعَةِ فإنَّ الرَّضاعَةَ مِنَ المَجاعَةِ » فمن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال : لايحرم اللبن الذى لايقوم للمرضع مقام الغذاء ، إلا أن حديث سالم نازلة فى عين ، وكان سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ؛ ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به قال : يحرّم رضاع الكبير .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك : لايحرم ذلك الرضاع ؛ وقال أبوحنيفة والشافعي : تثبت الحرمة به . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة السلام « فإنما الرضاعة من المجاعة » فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذى يكون فى سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم ، فإن فطم فى بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة ، فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذى سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذى سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذى يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع ، والقائلون بتأثير الإرضاع فى مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام [1] أو لم يشترطه اختلفوا فى هذه المدة ، فقال هذه بالمدة حولان فقط ، وبه قال زفر ؛ واستحسن مالك التحريم فى الزيادة اليسيرة على العامين ، وفى قول الشهر عنه ، وفى قول عنه إلى ثلاثة أشهر ؛ وقال أبوحنيفة : حولان وستة شهور . وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى ـ والوالدَاتُ يُرْضِعْنَ أوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ ـ يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الرضاعة من المجاعة » يقتضى عمومه أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع يحرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود ، وبالجملة ما يصل إلى الحلق من غير رضاع ، فإن مالكا قال : يحرم الوجور واللدود ؛ وقال عطاء وداود : لايحرم . وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف ، أو وصوله على الجهة المعتادة ؟ فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال : لا يحرم الوجور ولا اللدود ؛ ومن راعى وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل قال : يحرم .

---

(١) قوله الفطام : هكذا بالنسخ ، ولعله عدم الفطام لأنه لم يشترط أحد الفطام فى التحريم ، بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل اهـ مصححه .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل إلى الحلق ان يكون غير مخالط لغيره ، فإنهم اختلفوا فى ذلك أيضا ، فقال ابن القاسم : إذا استهلك اللبن فى ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه ؛ وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك : تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أوكان مختلطا لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره ، أم لايبقى به حكمها كالحال فى النجاسة إذا خالطت الحلال الطاهر . والأصل المعتبر فى ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء طاهر ؟ .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول إلى الحلق أو لايعتبر فإنه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم فى السعوط باللبن والحقنة به. ويشبه أن يكون اختلافهم فى ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الأعضاء أو لايصل ؟ .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن : أعنى زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهى التى يسمونها لبن الفحل ؛ فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك وأبوحنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي والثورى : لبن الفحل يحرم ؛ وقالت طائفة : لايحرم لبن الفحل، وبالأول قال على وابن عباس ، وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر. وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور : أعنى آية الرضاع ، وحديث عائشة هو « قالت جاء أفلح أخو أبى القعيس يستأذن علىّ بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن آذن له ، وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إِنَّهُ عَمُّكِ فَأْذَنِي لَهُ ، فقلت : يا رسول الله إنما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل ، فقال : إِنَّهُ عَمُّكِ فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ » خرجه البخارى ومسلم ومالك؛ فمن رأى أن ما فى الحديث شرع زائد على ما فى الكتاب ، وهو قوله تعالى ـ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ـ وعلى قوله صلى الله عليه وسلم« يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ مِنَ الوِلادَةِ » قال : لبن الفحل محرم ؛ ومن رأى أن آية الرضاع وقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم

من الولادة » إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع ، إذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال : ذلك الحديث إن عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخا لهذه الأصول ، لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة ، مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل ، وهى الراوية للحديث ، ويصعب رد الأصول المنتشرة التى يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وبخاصة التى تكون فى عين ، ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس: لانترك كتاب الله لحديث امرأة .

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فإن قوما قالوا : لاتقبل فيه إلا شهادة امرأتين ، وقوما قالوا :لاتقبل فيه إلا شهادة أربع ،وبه قال الشافعى وعطاء ؛ وقوم قالوا : تقبل فيه شهادة امرأة واحدة ؛ والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط فى ذلك فشوّ قولهما بذلك قبل الشهادة . وهو مذهب مالك وابن القاسم ؛ ومنهم من لم يشترطه ، وهو قول مطرّف وابن الماجشون . والذين أجازوا أيضا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشوّ قولها قبل الشهادة ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ ومنهم من اشترط ذلك ، وهى رواية عن مالك ، وقد روى عنه أنه لاتجوز فيه شهادة أقل من اثنتين . والسبب فى اختلافهم ، أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم فى شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفى فى ذلك امرأتان، وستأتى هذه المسئلة فى كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى . وأما اختلافهم فى قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الأثر الوارد فى ذلك للأصل المجمع عليه، أعنى أنه لايقبل من الرجال أقل من اثنين ، وأن حال النساء فى ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال ، وإما أن تكون أحوالهم فى ذلك مساوية للرجال ، والإجماع منعقد على أنه لايقضى بشهادة واحدة ، والأمر الوارد فى ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال « يارسول الله إنى تزوجت امرأةً فأتت امرأةٌ فقالت : قد أرضعتكما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ ؟ دَعْهَا عَنْكَ » وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعا بينه وبين الأصول وهو أشبه ، وهى رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فإنهم اتفقوا على أنه يحرّم لبن كل امرأة

بالغ وغير بالغ ، واليائسة من المحيض كان لها زوج أو لم يكن ، حاملا كانت أو غير حامل ؛ وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل ، وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى ، وإن وجد فليس لبنا إلا باشتراك الإسم . واختلفوا من هذا الباب فى لبن الميتة . وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لايتناولها ، ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ، ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا فى القول .

الفصل الرابع فى مانع الزنا

واختلفوا فى زواج الزانية . فأجاز هذا الجمهور ، ومنعها قوم . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى ـ والزَّانِيَةُ لايَنْكِحُهَا إلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذلكَ عَلَى المُؤمِنِينَ ـ هل خرّج مخرج الذم أو مخرج التحريم ؟ وهل الإشارة فى قوله ـ وحرّم ذلك على المؤمنين ـ إلى الزنا أو إلى النكاح ؟ وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء فى الحديث « أن رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم فى زوجته إنها لاترد يد لامس ، فقال له النبى عليه الصلاة والسلام : طَلِّقْهَا ، فقال له : إنى أحبها . فقال له : فأَمْسِكْهَا » وقال قوم أيضا : إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الأصل . وبه قال الحسن . وأما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها فى كتاب اللعان .

الفصل الخامس فى مانع العدد

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا ، وذلك للأحرار من الرجال . واختلفوا فى موضعين : فى العبيد، وفيما فوق الأربع . أما العبيد فقال مالك فى المشهور عنه : يجوز أن ينكح أربعا ، وبه قال أهل الظاهر . وقال أبو حنيفة والشافعى : لايجوز له الجمع إلا بين اثنتين فقط . وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير فى إسقاط هذا العدد كما لها تأثير فى إسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنا ، وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك . وذلك أن

المسلمين اتفقوا على تنصيف حده فى الزنا : أعنى أن حده نصف حد الحر ، واختلفوا فى غير ذلك . وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لاتجوز الخامسة لقوله تعالى ـ فانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُباعَ ـ ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة « أمْسِكْ أرْبَعاً وَفارِقْ سائِرَهُنَّ » وقالت فرقة : يجوز تسع ، ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع فى الآية المذكورة ، أعنى جمع الأعداد فى قوله تعالى ـ مثنى وثلاث ورباع ـ .

الفصل السادس فى مانع الجمع

واتفقوا على أنه لايجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى ـ وأنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ ـ واختلفوا فى الجمع بينهما بملك اليمين ، والفقهاء على منعه ، وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ لعموم الاستثناء فى آخر الآية ، وهو قوله تعالى ـ إلاَّ ما مَلَكَتْ أيْمَانُكُمْ ـ وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم إلا ما وقع الإجماع على أنه لاتأثير له فيه ، فيخرج من عموم قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ ملك اليمين ، ويحتمل أن لايعود إلا إلى أقرب مذكور ، فيبقى قوله ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ على عمومه ، ولا سيما إن عللنا ذلك بعلة الأخوة أو بسبب موجود فيهما . واختلف الذين قالوا بالمنع فى ملك اليمين إذا كانت إحداهما بنكاح والأخرى بملك يمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازه الشافعى ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبى هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من أنه قال عليه الصلاة والسلام « لاَيُجْمَعُ بَيْنَ المَرْأَةِ وَعَمَّتِها ولا بَيْنَ المَرْأَةِ وَخالَتِها » واتفقوا على أن العمة ههنا هى كل أنثى هى أخت لذكر له عليك ولادة إما بنفسه وإما بواسطة ذكر آخر ، وأن الخالة : هى كل أنثى هى أخت لكل أنثى لها عليك ولادة إما بنفسها وإما بتوسط أنثى غيرها وهن الحرات من قبل الأم ؛ واختلفوا هل هذا من باب

الخاص أريد به الخاص، أم هو من باب الخاص أريد به العام؟ والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أى عام هو المقصود به؟ فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار: هو خاص أريد به الخصوص فقط، وأن التحريم لايتعدى إلى غير من نص عليه؛ وقال قوم: هو خاص والمراد به العموم، وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة: فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتى عم أو عمة، ولا بين ابنتى خال أو خالة؛ ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها، أو بينها وبين بنت خالتها؛ وقال قوم: إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة، أعنى لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا؛ ومن هؤلاء من اشترط فى هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا، أعنى إذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى فلم يجز لهما أن يتناكحا، فهؤلاء لايحل الجمع بينهما. وأما إن جعل فى أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالحال فى الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها، فإنه إن وضعنا البنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه، وإن جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لأجنبى، وهذا القانون هو الذى اختاره أصحاب مالك، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

الفصل السابع فى موانع الرق

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة، وللحرة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هى وأولياؤها. واختلفوا فى نكاح الحر الأمة، فقال قوم: يجوز بإطلاق، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم؛ وقال قوم: لايجوز إلا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت، وهو المشهور من مذهب مالك، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى. والسبب فى اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى ـ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ ـ الآية، لعموم قوله ـ وأَنْكِحُوا الأيامَى مِنْكُمْ والصَّالِحِينَ ـ الآية، وذلك أن مفهوم دليل الخطاب فى قوله تعالى ـ ومن لم يستطع منكم طولا ـ الآية، يقتضى أنه

لايحل نكاح الأمة إلا بشرطين : أحدهما عدم الطول إلى الحرّة ، والثانى خوف العنت ـ وقوله تعالى ـ وأنكحوا الأيامى منكم ـ يقتضى بعمومه إنكاحهن من حرّ أو عبد ، واحدا كان الحر أو غير واحد ، خائفا للعنت أو غير خائف ، لكن دليل الخطاب أقوى ههنا ـ والله أعلم ـ من العموم ، لأن هذا العموم لم يتعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الإماء ، وإنما المقصود به الأمر بإنكاحهن وألا يجبرن على النكاح ، وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما فى ذلك من إرقاق الرجل ولده . واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين ، أعنى الذين لم يجيزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما : أحدهما إذا كانت تحته حرة هل هى طول أو ليست بطول ؟ فقال أبو حنيفة : هى طول ؛ وقال غيره : ليست بطول ؛ وعن مالك فى ذلك القولان . والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمه واحدة ثلاث أو أربع أو ثنتان ؟ فمن قال إذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عزب قال : إذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الأمة ؛ ومن قال خوف العنت إنما يعتبر بإطلاق سواء كان عزبا أو متأهلا ، لأنه قد لاتكون الزوجة الأولى مانعة من العنت ، وهو لايقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح أمة ، لأن حاله مع هذه الحرة فى خوف العنت كحاله قبلها ، وبخاصة إذا خشى العنت من الأمة التى يريد نكاحها ، وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الأمة الأولى أو لاينكحها ؟ وذلك أن من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا إذ كان الخوف على العزب أكثر قال : لا ينكح أكثر من أمة واحدة ، ومن اعتبره مطلقا قال : ينكح أكثر من أمة واحدة ، وكذلك يقول إنه ينكح على الحرة ، واعتباره مطلقا فيه نظر ؛ وإذا قلنا إن له أن يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير إذنها فهل لها الخيار فى البقاء معه أو فى فسخ النكاح ؟ اختلف فى ذلك قول مالك ، واختلفوا إذا وجد طولا بحرة هل يفارق الأمة أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لايفارقها ، أعنى أصحاب مالك ؛ واتفقوا من هذا الباب على أنه لايجوز أن تنكح المرأة من ملكته وإنها إذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

الفصل الثامن فى مانع الكفر

واتفقوا على أنه لايجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى ـ ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ ـ واختلفوا فى نكاحها بالملك ، واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة ، إلا ما روى فى ذلك عن ابن عمر . واختلفوا فى إحلال الكتابية الأمة بالنكاح ؛ واتفقوا على إحلالها بملك اليمين . والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى ـ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ـ وعموم قوله تعالى ـ ولا تَنْكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ـ لعموم قوله ـ والمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إلاَّ ما مَلَكَتْ أيْمانُكُمْ ـ وهن المسبيات ، وظاهر هذا يقتضى العموم ، سواء كانت مشركة أو كتابية ، والجمهور على منعها ، وبالجواز قال طاوس ومجاهد ، ومن الحجة لهم ما روى من نكاح المسبيات فى غزوة أوطاس إذ استأذنوه فى العزل فأذن لهم ؛ وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد ، لأن الأصل بناء الخصوص على العموم : أعنى أن قوله تعالى ـ والمُحْصَنَاتُ مِنَ الذين أُوتُوا الكِتابَ ـ هو خصوص ، وقوله ـ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ـ هو عموم ، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ؛ ومن ذهب إلى تحريم ذلك جعل العام ناسخا للخاص ، وهو مذهب بعض الفقهاء ؛ وإنما اختلفوا فى إحلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم فى ذلك القياس ، وذلك أن قياسها على الحرة يقتضى إباحة تزويجها ، وباقى العموم إذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك ، لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم إذا خصص بقى الباقى على عمومه ؛ فمن خصص العموم الباقى بالقياس ، أولم ير الباقى من العموم المخصوص عموما قال : يجوز نكاح الأمة الكتابية ؛ ومن رجح باقى العموم بعدم التخصيص على القياس قال : لايجوز نكاح الأمة الكتابية ؛ وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم ، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس ، وذلك أن قوله تعالى ـ مِن فَتَيَاتِكُمُ المُؤْمِنَاتِ ـ يوجب أن لايجوز نكاح الأمة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك ، والقياس [1] من

(١) قوله والقياس ، إلى قوله : وإنما اتفقوا هو زائد ببعض النسخ الخطية والمصرية وفيه خفاء ، فليتأمل فى معناه اهـ مصححه .

كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ، ويجوز فيه النكاح بملك اليمين اصله المسلمات ؛ والطائفة الثانية أنه ثم لم يجز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج إلا بشرط فأحرى أن لايجوز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج ، وإنما اتفقوا على إحلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى - إلاَّ ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ - ولإجماعهم على أن السبي يحل المسبية الغير متزوجة . وإنما اختلفوا فى المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها ، وإن هدم فتى يهدم ؟ فقال قوم : إن سبيا معا أعنى ازوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما ، وإن سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال قوم : بل السبي يهدم سُبيا معا أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعى ؛ وعن مالك قولان : أحدهما أن السبي لا يهدم النكاح أصلا. والثانى أنه يهدم بإطلاق مثل قول الشافعى . والسبب فى اختلافهم هل يهدم أولايهدم هو تردد المسترقين الذين أمنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التى لازوج لها أو المستأجرة من كافر . وأما تفريق أبى حنيفة بين أن يسبيا معا وبين أن يسبى أحدهما فلأن المؤثر عنده فى الإحلال هو اختلاف الدار بهما لاالرق ، والمؤثر فى الإحلال عند غيره هو الرق ، وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية ؟ والأشبه أن لايكون للزوجية ههنا حرمة لأن محل الرق وهو الكفر سبب الإحلال . وأما تشبيهها بالذمية فبعيد لأن الذمى إنما أعطى الجزية بشرط أن يُقَرَّ على دينه فضلا عن نكاحه .

الفصل التاسع فى مانع الإحرام

واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعى والليث والأوزاعى وأحمد لاينكح المحرم ولا ينكح ، فإن فعل فالنكاح باطل ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت . وقال أبو حنيفة : لابأس بذلك . وسبب اختلافهم تعارض النقل فى هذا الباب ، فمنها حديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم » وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال » قال أبو عمر : رويت عنها من طرق شتى ، من طريق أبى رافع ، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها ، وعن

يزيد بن الأصم . وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لايَنْكِحُ المُحْرِم ولا يُنْكِح ولا يَخْطُبُ » فمن رجح هذه الأحاديث على حديث ابن عباس قال : لاينكح المحرم ولا ينكح ؛ ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال: ينكح وينكح ، وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

الفصل العاشر في مانع المرض

واختلفوا في نكاح المريض ، فقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ؛ وقال مالك في المشهور عنه : إنه لايجوز ، ويتخرج ذلك من قوله إنه يفرق بينهما وإن صح ، ويتخرج من قوله أيضا إنه لا يفرق بينهما أن التفريق مستحب غير واجب . وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ، وذلك أنه لاتجوز هبة المريض إلا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم أيضا سبب آخر ، وهو هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أولا يتهم ؟ وقياس النكاح على الهبة غير صحيح ، لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث ، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثلث ، ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي لايجوز عند أكثر الفقهاء ، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة ، حتى إن قوما رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف ، وأنه لاتجوز الزيادة فيه كما لايجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم ، فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لايتهمون بالحكم بها ؛ وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا إلى الظلم ؛ ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الحال ، فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا لايمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منع من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده

مما اكتسبوا من قوة مهنتهم إذ لايمكن أن يحد فى ذلك حد مؤقت صناعى، وهذا كثيرا ما يعرض فى صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

الفصل الحادى عشر فى مانع العدة

واتفقوا على أن النكاح لايجوز فى العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا فيمن تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها ، فقال مالك والأوزاعى والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبدا ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى والثورى : يفرق بينهما ، وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه إياها مرة ثانية . وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة ؟ وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشدا الثقفى لما تزوجها فى العدة من زوج ثان وقال : أيما امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب ؛ وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لايجتمعان أبدا . قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها . وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف فى أصله ، وهو أنه أدخل فى النسب شبهة فأشبه الملاعن . وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا . والأصل أنها لاتحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة . وفى بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر فى بيت المال ، فلما بلغ ذلك عليا أنكره فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه ، رواه الثورى عن أشعث عن الشعبى عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف . وأجمعوا على أنه لاتوطأ حامل مسبية حتى تضع ، لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا إن وطىء هل يعتق عليه الولد أو لايعتق ، والجمهور على أنه لايعتق . وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته أو غير مؤثر ؟ فإن قلنا أنه مؤثر كان له ابنا بجهة ما ، وإن قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك . وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه

قال « كَيْفَ يَسْتَعْبِدُهُ وَقَدْ غَذَّاهُ فِى سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ » . وأما النظر فى مانع التطليق ثلاثا ، فسيأتى فى كتاب الطلاق .

الفصل الثانى عشر فى مانع الزوجية

وأما مانع الزوجية فإنهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين . واختلفوا فى المسبية على ما تقدم ؛ واختلفوا أيضا فى الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا ؟ فالجمهور على أنه ليس بطلاق ؛ وقال قوم : هو طلاق . وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبى بن كعب . وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى ـ إلا ماملكت أيمانكم ـ وذلك أن قوله تعالى ـ إلا ما ملكت أيمانكم ـ يقتضى المسبيات وغيرهن ، وتخيير بريرة يوجب أن لايكون بيعها طلاقا ، لأنه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ، ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها ؛ والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبى شيبة عن أبى سعيد الخدرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فأصابوا حيا من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا نساء لهن أزواج ، وكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من أجل أزواجهن ، فأنزل الله عز وجل ـ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ـ وهذه المسئلة هى أليق بكتاب الطلاق . فهذه هى جملة الأشياء المصححة للأنكحة فى الإسلام ، وهى كما قلنا راجعة إلى ثلاثة أجناس : صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط فى العقد . وأما الأنكحة التى انعقدت قبل الإسلام ثم طرأ عليها الإسلام ، فإنهم اتفقوا على ان الإسلام إذا كان منهما معا : أعنى من الزوج والزوجة ، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها فى الإسلام أن الإسلام يصحح ذلك ؛ واختلفوا فى موضعين : أحدهما إذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لايجوز الجمع بينهما فى الإسلام . والموضع الثانى إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فأما المسئلة الأولى) وهى إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان، فإن مالكا قال : يختار منهن أربعا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء ؛ وبه قال الشافعي وأحمد وداود ؛ وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبي ليلى : يختار الأوائل منهن فى العقد ، فإن تزوجهن فى عقد واحد فرق بينه وبينهن ؛ وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك: إذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعاً ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ، ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر ، وذلك أنه ورد فى ذلك أثران: أحدهما مرسل مالك « أن غيلان بن سلامة الثقفى أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا » والحديث الثانى حديث قيس بن الحارث أنه أسلم على الأختين ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « اخْتَرْ أَيَّتَهُما شِئْتَ » . وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعد الإسلام : أعنى أنه كما أن العقد عليهن فاسد فى الإسلام كذلك قبل الإسلام وفيه ضعف . وأما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر ، وهى المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر ، فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى : إنه إذا أسلمت المرأة قبله فإنه إن أسلم فى عدتها كان أحق بها وإن أسلم هو وهى كتابية فنكاحها ثابت لما ورد فى ذلك من حديث صفوان بن أمية، وذلك « أن زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ، ثم أسلم هو فأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه » قالوا : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر . قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضى عدتها . وأما إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبت ؛ وقال الشافعى : سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل إذا وقع إسلام المتأخر فى العدة ثبت النكاح. وسبب اختلافهم معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى ـ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ـ يقتضى المفارقة على الفور . وأما الأثر المعارض

لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته ، وكان إسلامه بمر الظهران ، ثم رجع إلى مكة وهند بها كافرة ، فأخذت بلحيته وقالت : اقتلوا الشيخ الضال ، ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للأثر فلأنه يظهر أنه لافرق بين أن تسلم هى قبله أو هو قبلها ، فإن كانت العلة معتبرة فى إسلامها قبل فقد يجب أن تعتبر فى إسلامه أيضا قبل .

الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح

وموجبات الخيار أربعة : العيوب ، والإعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة . والثالث : الفقد : أعنى فقد الزوج . والرابع : العتق للأمة المزوجة فينعقد فى هذا الباب أربعة فصول :

الفصل الأول فى خيار العيوب

اختلف العلماء فى موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، وذلك فى موضعين : أحدهما هل يرد بالعيوب أو لايرد ؟ . والموضع الثانى إذا قلنا إنه يرد فمن أيها يرد، وما حكم ذلك ؟ . فأما الموضع الأول فإن مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار فى الرد أو الإمساك : وقال أهل الظاهر : لاتوجب خيار الرد والإمساك ، وهو قول عمر بن عبد العزيز : وسبب اختلافهم شيئان : أحدهما هل قول الصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح فى ذلك على البيع ؟ فأما قول الصاحب الوارد فى ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفى بعض الروايات : أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها . وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيب فى النكاح قالوا : النكاح فى ذلك شبيه بالبيع ؛ وقال المخالفون لهم : ليس شبيها بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لايرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع . وأما الموضع الثانى فى الرد بالعيوب فإنهم اختلفوا فى أى العيوب يرد بها وفى أيها لايرد وفى حكم الرد ، فاتفق مالك والشافعى على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون

والجذام والبرص وداء الفرج الذى يمنع الوطء ، إما قرن أو رتق فى المرأة أو عنة فى الرجل أو خصاء . واختلف أصحاب مالك فى أربع : فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الفم ، فقيل ترد بها ، وقيل لاترد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى : لاترد المرأة فى النكاح إلا بعيبين فقط : القرن والرتق . فأما أحكام الرد فإن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شىء عليه . واختلفوا إن علم بعد الدخول والمسيس؛ فقال مالك : إن كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غارّ يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشىء وإن كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط . وقال الشافعى : إن دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولى . وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس ، أعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الأنكحة الفاسدة بنفس المسيس ، لقوله عليه الصلاة والسلام « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ وَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا » فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع ، وبين حكم الأنكحة المفسوخة : أعنى بعد الدخول ؛ واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين أنه لاينفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك فى العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة . فقيل لأن ذلك شرع غير معلل ؛ وقيل لأن ذلك مما يخفى ، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لاتخفى ؛ وقيل لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفى على الزوج .

الفصل الثانى فى خيار الإعسار بالصداق والنفقة

واختلفوا فى الإعسار بالصداق ، فكان الشافعى يقول : تخير إذا لم يدخل بها ، وبه قال مالك . واختلف أصحابه فى قدر التلوم له ؛ فقيل ليس لذلك حد ؛ وقيل سنة ؛ وقيل سنتين ؛ وقال أبوحنيفة : هى غريم من الغرماء لايفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر . وسبب

اختلافهم تغليب شبه النكاح فى ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة فى ذلك من عدم الوطء تشبيها بالإيلاء والعنة . وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة : يفرق بينهما ، وهو مروى عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب ؛ وقال أبو حنيفة والثورى : لايفرق بينهما ، وبه قال أهل الظاهر . وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة ، لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع ، وربما قالوا النفقة فى مقابلة الاستمتاع ، بدليل أن الناشز لانفقة لها عند الجمهور ، فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لايرى القياس فإنهم قالوا قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة نبيه فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

الفصل الثالث فى خيار الفقد

واختلفوا فى المفقود الذى تجهل حياته أو موته فى أرض الإسلام ، فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت ، قال : وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لايعيش إلى مثله غالبا ، فقيل سبعون ، وقيل ثمانون ، وقيل تسعون ، وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان ، وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وهو مروى أيضا عن عثمان وبه قال الليث ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى : لاتحل امرأة المفقود حتى يصح موته ، وقولهم مروى عن على وابن مسعود . والسبب فى اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس ، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لاتنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون فى هذين . والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود فى أرض الإسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود فى أرض الحرب ،

ومفقود فى حروب الإسلام ، أعنى فيما بينهم ومفقود فى حروب الكفار . والخلاف عن مالك وعن أصحابه فى الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير ؛ فأما المفقود فى بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لاتتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ، ما خلا أشهب ، فإنه حكم له بحكم المفقود فى أرض المسلمين . وأما المفقود فى حروب المسلمين فقال : إن حكمه حكم المقتول دون تلوم ، وقيل يتلوم له بحسب بُعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل فى ذلك سنة . وأما المفقود فى حروب الكفار ففيه فى المذهب أربعة أقوال : قيل حكمه حكم الأسير ، وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة ، إلا أن يكون بموضع لايخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم ، والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود فى بلاد المسلمين ؛ والرابع حكمه حكم المقتول فى زوجته ، وحكم المفقود فى أرض المسلمين فى ماله أعنى يعمر وحينئذ يورث ، وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح فى الشرع ، وهو الذى يعرف بالقياس المرسل ، وبين العلماء فيه اختلاف : أعنى بين القائلين بالقياس .

الفصل الرابع فى خيار العتق

واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار ؛ واختلفوا إذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا ؟ فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والأوزاعى وأحمد والليث لاخيار لها ؛ وقال أبوحنيفة والثورى لها الخيار حرا كان أو عبدا . وسبب اختلافهم تعارض النقل فى حديث بريرة ، واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذى كان فى إنكاحها بإطلاق إذا كانت أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ؛ فمن قال : العلة الجبر على النكاح بإطلاق قال : تخير تحت الحر والعبد ؛ ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فإنه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود . وروى عن عائشة أن زوجها كان حرا ، وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث ؛ واختلفوا أيضا فى الوقت الذى يكون لها الخيار فيه ، فقال مالك والشافعى : يكون لها الخيار مالم يمسها ؛ وقال

أبو حنيفة : خيارها على المجلس ؛ وقال الأوزاعى : إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس يسقط خيارها .

الباب الرابع فى حقوق الزوجية

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى ـ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ـ الآية . ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » ولقوله لهند « خُذِى ما يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » . فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها ، واختلفوا فى أربعة مواضع فى وقت وجوبها ، ومقدارها ، ولمن تجب ؟، وعلى من تجب ؟. فأما وقت وجوبها فإن مالكا قال : لاتجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهى ممن توطأ وهو بالغ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هى بالغا ، وأما إذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فللشافعى قولان : أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثانى أن لها النفقة بإطلاق . وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة ، وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وذهب الشافعى إلى أنها مقدرة ، فعلى الموسر مدان ، وعلى الأوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد . وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة فى هذا الباب على الإطعام فى الكفارة أو على الكسوة ؛ وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الإطعام محدود . واختلفوا من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة ؟ وإن وجبت فكم يجب ؟ والجمهور على أن على الزوج النفقة لخادم الزوجة إذا كانت ممن لاتخدم نفسها ؛ وقيل بل على الزوجة خدمة البيت ؛ واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته ؟ فقالت طائفة : ينفق على خادم واحدة ، وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لايخدمها إلا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور . ولست أعرف دليلا شرعيا لإيجاب النفقة على الخادم

إلا تشبيه الإخدام بالإسكان ، فإنهم اتفقوا على أن الإسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية : وأما لمن تجب النفقة فإنهم اتفقوا على أنها تجب للحرة الغير ناشز . واختلفوا فى الناشز والأمة . فأما الناشز فالجمهور على أنها لاتجب لها نفقة ، وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم ، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » يقتضى أن الناشز ، وغير الناشز فى ذلك سواء ، والمفهوم من أن النفقة هى فى مقابلة الاستمتاع يوجب أن لانفقة للناشز . وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا ، فقيل لها النفقة كالحرة ، وهو المشهور ؛ وقيل لانفقة لها وقيل أيضا إن كانت تأتيه فلها النفقة ، وإن كان يأتيها فلا نفقة لها ؛ وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتيه ؛ وقيل إن كان الزوج حرا فعليه النفقة ، وإن كان عبدا فلا نفقة عليه . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة ، والقياس يقتضى أن لانفقة لها إلا على سيدها الذى يستخدمها ، أو تكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ، ولذلك قال قوم : عليه النفقة فى اليوم الذى تأتيه . وقال ابن حبيب : يحكم على مولى الأمة المزوجة أن تأتى زوجها فى كل أربعة أيام . وأما على من تجب ، فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر ؛ واختلفوا فى العبد والغائب . فأما العبد فقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته ؛ وقال أبو المصعب من أصحاب مالك : لانفقة عليه . وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه فى ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه ؛ وقال أبو حنيفة ؛ لاتجب إلا بإيجاب السلطان . وإنما اختلفوا فيمن القول قوله إذا اختلفوا فى الإنفاق ؛ وسيأتى ذلك فى كتاب الأحكام إن شاء الله . وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام « إذَا كانَ للرَّجُلِ امْرأتان فمَالَ إلى إحْداهُما جاءَ يَوْمَ القِيامَةِ وأحَدُ شِقَّيْهِ مائِلٌ » ولما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد السفر أقرع بينهن » واختلفوا فى مقام

الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولا يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى ؟ فقال مالك والشافعى وأصحابهما : يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ، ولا يحتسب إذا كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوج ؛ وقال أبوحنيفة : الإقامة عندهن سواء بكرا كانت أو ثيبا ، ويحتسب بالأقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى . وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أمّ سلمة ، وحديث أنس هو « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا تزوج البكر أقام عندها سبعا ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا » وحديث أم سلمة هو « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها فأصبحت عنده فقال : لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ فقالت : ثَلِّثْ » وحديث أم سلمة هو مدنى متفق عليه خرّجه مالك والبخارى ومسلم ، وحديث أنس حديث بصرى خرجه أبو داود ، فصار أهل المدينة إلى ما خرجه أهل البصرة ، وصار أهل الكوفة إلى ما خرجه أهل المدينة . واختلف أصحاب مالك فى هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أومستحب؟ فقال ابن القاسم : هو واجب ؛ وقال ابن عبد الحكم : يستحب . وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم فى ذلك ، وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ؛ وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة ، إلا أن يكون الطفل لايقبل إلا ثديها ، وهو مشهور قول مالك . وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع : أعنى إيجابه ، أو متضمنة أمره فقط ؟ فمن قال أمره قال : لايجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ؛ ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنها من الأخبار التى مفهومها مفهوم الأمر قال : يجب عليها الإرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لايقبل ثدى غيرها فعليها الإرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع ، هذا إجماع لقوله سبحانه وتعالى ـ فإنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ

أجُورَهُنَّ - (والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيامَةِ » ولأن الأمة والمسبية إذا لم يفرق بينها وبين ولدها فأخص بذلك الحرة . واختلفوا إذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم يخير ، ومنهم الشافعي ، واحتجوا بأثر ورد فى ذلك ؛ وبقى قوم على الأصل لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث ؛ والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أنْتِ أحَقُّ بِهِ ما لَمْ تَنْكِحِي » ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الأصل . وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس فى ذلك شيء يعتمد عليه[1]) .

الباب الخامس

فى الأنكحة المنهى عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها

والأنكحة التى ورد النهى فيها مصرحا أربعة : نكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، والخطبة على خطبة أخيه ، ونكاح المحلل . فأما نكاح الشغار فإنهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى ، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنه ؛ واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا ؟ فقال مالك : لايصحح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده ، وبه قال الشافعى إلا أنه قال : إن سمى لإحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل ، والمهر الذى سمياه فاسد ؛ وقال أبوحنيفة : نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل ، وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبوثور والطبرى . وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل ، فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق ؛ وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير ؛ وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر

---

(١) ما بين القوسين لم يوجد فى النسخة الفاسية ولا المصرية ، وهو موجود بالنسخة الخطية تعلق أحمد بك تيمور اهـ مصححه .

والخنزير لايفسخ إذا فات بالدخول ، ويكون فيه مهر المثل ؛ وكأن مالكا رضى الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به ، أو رأى أن النهى إنما يتعلق بنفس تعيين العقد ، والنهى يدل على فساد المنهى .

وأما نكاح المتعة . فإنه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت فى الوقت الذى وقع فيه التحريم ، فى بعض الروايات أنه حرّمها يوم خيبر ، وفى بعضها يوم الفتح ، وفى بعضها فى غزوة تبوك ، وفى بعضها فى حجة الوداع ، وفى بعضها فى عمرة القضاء ، وفى بعضها فى عام أوطاس ، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك لقوله تعالى ـ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ـ وفى حرف عنه إلى أجل مسمى ، وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، ولولا نهى عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شقى . وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار . وعن عطاء قال : « سمعت جابر بن عبد الله يقول : « تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ونصفا من خلافة عمر » ثم نهى عنها عمر الناس .

وأما اختلافهم فى النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره ، فقد تقدم أن فيه ثلاثة أقوال : قول بالفسخ ، وقول بعدم الفسخ ، وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لاترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحلل : أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا ، فإن مالكا قال : هو نكاح مفسوخ ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى : هو نكاح صحيح .وسبب اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ » الحديث فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ؛ ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال : النكاح

فاسد ، فهذه هي الأنكحة الفاسدة بالنهى . وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح ، أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لاتفسد النكاح باتفاق ، وإنما اختلف العلماء فى لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لالزومها مثل أن يشترط عليه أن لايتزوج عليها أو لايتسرى أو لاينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون فى ذلك يمين بعتق أو طلاق ، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه ؛ فلا يلزم الشرط الأول أيضا ، وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لها شرطها وعليه الوفاء ؛ وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها ، وقول الجماعة مروى عن على ، وقول الأوزاعي مروى عن عمر . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال فى خطبته « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فى كِتابِ اللهِ فَهُوَ باطِلٌ وَلَوْ كانَ مائةَ شَرْطٍ » وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قالَ « أحَقُّ الشُّرُوطِ أنْ يُوَفى بِهِ ما استَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ » والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع فى العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك . وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فإنه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا : أعنى فى لزومها أو عدم لزومها ، وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(وأما حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت) فنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده ، وهو ما كان منها فاسدا بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن ينكح محرّمة العين ؛ ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم فى ضعف علة الفساد وقوّتها ولماذا يرجع من الإخلال بشروط الصحة ومالك فى هذا الجنس ـ وذلك فى الأكثر ـ يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والأصل فيه عنده أن لافسخ ، ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى فى كثير من

البيع الفاسد أنه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكأن هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء كان الدليل القوى متفقا عليه أو مختلفا فيه . ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه ، وقد نرى أن نقطع ههنا القول في هذا الكتاب ، فإن ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

كتاب الطلاق

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل : الجملة الأولى : في أنواع الطلاق . الجملة الثانية : في أركان الطلاق . الجملة الثالثة : في الرجعة . الجملة الرابعة : في أحكام المطلقات .

(الجملة الأولى) وفي هذه الجملة خمسة أبواب : الباب الأول : في معرفة الطلاق البائن والرجعي . الباب الثاني : في معرفة الطلاق السني من البدعي . الباب الثالث : في الخلع . الباب الرابع : في تمييز الطلاق من الفسخ . الباب الخامس : في التخيير والتمليك .

الباب الأول في معرفة الطلاق البائن والرجعي

واتفقوا على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعي . وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها ، وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى ـ يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ـ إلى قوله تعالى ـ لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ـ وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا

وأما الطلاق البائن ، فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدم التطليقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد ؛ واتفقوا على أن العدد الذى يوجب البينونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى ـ الطَّلاقُ مَرَّتانِ ـ الآية . واختلفوا إذا وقعت ثلاثا فى اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر فى إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذى يوجب البينونة فى الرق اثنتان . واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ، ففى هذا الباب إذن ثلاث مسائل .

(المسئلة الأولى) جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة ؛ وقال أهل الظاهر وجماعة : حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ فى ذلك ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى ـ الطلاق مرتان ـ إلى قوله فى الثالثة ـ فإنْ طَلَّقَها فَلا تَحل لَهُ مِنْ بَعْدُ حتَّى تَنْكِحَ زَوْجا غَيْرَهُ والمطلِّق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لامطلق ثلاث ، واحتجوا أيضا بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر ؛ واحتجوا أيضا بما رواه ابن إسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال « طلق ركانة زوجه ثلاثا فى مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كَيْفَ طَلَّقْتَها ؟ قال : طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد ، قال : إنَّما تِلْكَ طَلْقَةٌ واحِدَةٌ فارْتَجِعْها » وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع فى الصحيحين إنما رواه عنه من أصحابه طاوس ، وأن جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم ، وأن حديث ابن إسحق وهم ، وإنما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لاثلاثا . وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم فى طلقة واحدة أم ليس يقع ؟ ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع ؟ فمن شبه الطلاق بالأفعال التى يشترط فى صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال : لايلزم ؛ ومن شبهه بالنذور

والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه ، وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ فى الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود فى ذلك أعنى فى قوله تعالى ـ لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ـ

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فنهم من قال المعتبر فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبدا كان طلاقه البائن الطلقة الثانية ، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس ، وإن كان اختلف عنه فى ذلك ، لكن الأشهر عنه هو هذا القول . ومنهم من قال إن الاعتبار فى ذلك هو بالنساء ، فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبدا أو حرا ، وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره ؛ وفى المسئلة قول أشذ من هذين ، وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما ، قال ذلك عثمان البتى وغيره وروى عن ابن عمر . وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر فى هذا هو رق المرأة أو رق الرجل ، فمن قال التأثير فى هذا لمن بيده الطلاق قال : يعتبر بالرجال ومن قال التأثير فى هذا للذى يقع عليه الطلاق قال : هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة . وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء : أى نقصانها تابع لرق النساء ؛ واحتج الفريق الأول بما روى عن ابن عباس مرفوعا إلى النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « الطَّلاقُ بالرِّجال ، والعدَّةُ بالنِّساءِ » إلا أنه حديث لم يثبت فى الصحاح . وأما من اعتبر من رق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لاالذكورية ولا الأنوثية مع الرق .

(المسئلة الثالثة) وأما كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه إجماع ؛ وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ، ويرون أن الحر والعبد فى هذا سواء . وسبب الخلاف معارضة الظاهر فى هذا للقياس ، وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهما ؛ وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا فى نقصان الحد . أما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد فى التكاليف حكم الحر إلا

ما أخرجه الدليل ، والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب او السنة ، ولم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ، ويشبه أن يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد ، لأن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه ، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ ، لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع فى ذلك من الندم والشرع إنما سلك فى ذلك سبيل الوسط ، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ، ولو كانت البينونة واقعة فى الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم ، وكان ذلك عسرا عليه ، فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ، ولذلك ما نرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث فى واحدة ، فقد رفع الحكمة الموجودة فى هذه السنة المشروعة .

الباب الثانى فى معرفة الطلاق السنى من البدعى

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة فى المدخول بها هو الذى يطلق امرأته فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة ، وأن المطلق فى الحيض أو الطهر الذى مسها فيه غير مطلق للسنة ، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر « أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عليه الصلاة والسلام : مُرْهُ فَلْيُراجِعْها حَتّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ إنْ شاءَ أمْسَكَ وإنْ شاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّ فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتى أمَرَ اللهُ أنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّساءُ » . واختلفوا من هذا الباب فى ثلاثة مواضع : الموضع الأول : هل من شرطه أن لايتبعها طلاقا فى العدة ؟ . والثانى : هل المطلق ثلاثا : أعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟ . والثالث : فى حكم من طلق فى وقت الحيض .

(أما الموضع الأول) فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما ، فقال مالك : من شرطها أن لايتبعها فى العدة طلاقا آخر . وقال أبو حنيفة : إن طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة . وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون فى حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من

شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لايتبعها فيه طلاقا ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم فى وقوع الطلاق المتبع .

(وأما الموضع الثانى) فإن مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة ، وذهب الشافعى إلى أنه مطلق للسنة . وسبب الخلاف معارضة إقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا فى لفظة واحدة لمفهوم الكتاب فى حكم الطلقة الثالثة . والحديث الذى احتج به الشافعى هو ما ثبت من أن العجلانى طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال : فلوكان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التى جعلها الله فى العدد قال فيه إنه ليس للسنة ، واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه ، فوقع الطلاق على غير محله ، فلم يتصف لابسنة ولا ببدعة ، وقول مالك - والله أعلم - أظهر ههنا من قول الشافعى .

(وأما الموضع الثالث : فى حكم من طلق فى وقت الحيض) فإن الناس اختلفوا من ذلك فى مواضع : منها أن الجمهور قالوا يمضى طلاقه ؛ وقالت فرقة: لاينفذ ولا يقع ؛ والذين قالوا ينفذ قالوا : يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك ، وبه قال مالك وأصحابه . وقالت فرقة بل يندب إلى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وأحمد والذين أوجبوا الإجبار اختلفوا فى الزمان الذى يقع فيه الإجبار ، فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها ؛ وقال أشهب : لايجبر إلا فى الحيضة الأولى . والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء ، فقوم اشترطوا فى الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وبه قال مالك والشافعى وجماعة ؛ وقوم قالوا : بل يراجعها ، فإذا طهرت من تلك الحيضة التى طلقها فيها فإن شاء أمسك وإن شاء طلق ، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ، وكل من اشترط فى طلاق السنة أن يطلقها فى طهر لم يمسها فيه لم ير الأمر بالرجعة إذا طلقها فى طهر مسها فيه ، فهنا إذاً أربع مسائل :

أحدها : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ . والثانية : إن وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟ . والثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الإجبار أو الندب؛ والرابعة : متى يقع الإجبار .

(أما المسئلة الأولى) فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع فى الحيض اعتد به ، وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر « مره فليراجعها » قالوا : والرجعة لاتكون إلا بعد طلا ، وروى الشافعى عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم ، وروى أنه الذى كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فإنه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم « كُلُّ فِعْلٍ أَوْ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » وقالوا: أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه . وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التى اشترطها الشرع الطلاق السنى هى شروط صحة وإجزاء ، أم شروط كمال وتمام ؟ فمن قال شروط إجزاء قال : لايقع الطلاق الذى عدم هذه الصفة ، ومن قال : شروط كمال وتمام قال : يقع ويندب إلى أن يقع كاملا ، ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهى هل يجبر على الرجعة أو لايجبر ؟ فمن اعتمد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال : يجبر ؛ ومن لحظ هذا المعنى الذى قلناه من كون الطلاق واقعا قال : هذا الأمر هو على الندب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى متى يوقع الطلاق بعد الإجبار فإن من اشترط فى ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإنما صار لذلك لأنه المنصوص عليه فى حديث ابن عمر المتقدم قالوا : والمعنى فى ذلك لتصح الرجعة بالوطء فى الطهر الذى بعد الحيض لأنه لو طلقها فى الطهر الذى بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول . وبالجملة فقالوا إن من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها فى طهر لم يطلق فى الحيضة التى قبله ،

وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك فى طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس ابن جبير وسعيد ابن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر فى هذا الحديث أنه قال : يراجعها فإذا طهرت طلقها إن شاء، وقالوا : المعنى فى ذلك أنه إنما أمر بالرجوع عقوبة له لأنه طلق فى زمان كره له فيه الطلاق ، فإذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه . فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى متى يجبر فإنما ذهب مالك إلى أنه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لأنه الزمان الذى له فيه ارتجاعها . وأما أشهب فإنه إنما صار فى هذا إلى ظاهر الحديث ، لأن فيه « مره فليراجعها حتى تطهر » فدل ذلك على أن المراجعة كانت فى الحيضة ، وأيضا فإنه قال : إنما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة ، فإنه إذا وقع عليها الطلاق فى الحيضة لم تعتد بها بإجماع فإن قلنا إنه يراجعها فى غير الحيضة كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا التعليل فينبغى أن يجوز إيقاع الطلاق فى الطهر الذى بعد الحيضة . فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم فى علة الأمر بالرد .

الباب الثالث فى الخلع

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تئول إلى معنى واحد ، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على مازعم الفقهاء .

والكلام ينحصر فى أصول هذا النوع من الفراق فى أربعة فصول : فى جواز وقوعه أولا ، ثم ثانيا فى شروط وقوعه : أعنى جواز وقوعه ، ثم ثالثا فى نوعه : أعنى هل هو طلاق أو فسخ ؟. ثم رابعا فيما يلحقه من الأحكام :

الفصل الأول فى جواز وقوعه

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل فى ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى ـ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ـ . وأما السنة

فحديث ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس لاأعيب عليه فى خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول فى الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردِّينَ عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة » خرجه بهذا اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى ، وهو حديث متفق على صحته ، وشذ أبو بكر ابن عبد الله المزنى عن الجمهور فقال : لايحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا ، واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ منسوخ بقوله تعالى ـ وإنْ أرَدْتُم استبدالَ زَوْجٍ مكانَ زَوْجٍ وآتَيْتُم إحداهُنَّ قِنطارًا فلا تأخذوا منهُ شَيْئاً ـ الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجائز . فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

الفصل الثانى فى شروط وقوعه

فأما شروط جوازه فمنها ما يرجع إلى القدر الذى يجوز فيه ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة الشىء الذى يجوز به ؛ ومنها ما يرجع إلى الحال التى يجوز فيها ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لاتملك أمرها ، ففى هذا الفصل أربع مسائل :

(المسئلة الأولى) أما مقدار ما يجوز لها أن تختلع به ، فإن مالكا والشافعى وجماعة قالوا : جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج فى صداقها إذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقلّ منه ؛ وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت ، فمن شبهه بسائر الأعواض فى المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ؛ ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك ، وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

(المسئلة الثانية) وأما صفة العوض ، فإن الشافعى وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب ، ومالك يجيز فيه المجهول الوجود

والقدر والمعدوم ، مثل الآبق والشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف . وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم. وسبب الخلاف تردّد العوض ههنا بين العوض فى البيوع أو الأشياء الموهوبة والموصى بها ؛ فن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط فى البيوع وفى أعواض البيوع ؛ ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك . واختلفوا إذا وقع الخلع بما لايحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع ؟ فقال مالك : لاتستحق عوضا ، وبه قال أبوحنيفة ؛ وقال الشافعى : يجب لها مهر المثل [١] .

(المسئلة الثالثة) وأما ما يرجع إلى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لايجوز فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضى إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها ؛ والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ ولا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ ما آتَيْتُمُوهُنَّ إلاَّ أنْ يأتِينَ بِفاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ـ وقوله تعالى ـ فإنْ خِفْتُمْ أنْ لايُقِيما حُدُودَ اللهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما افْتَدَتْ بِهِ ـ وشذ أبو قلابة والحسن البصرى فقالا : لايحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزنى ، وحملوا الفاحشة فى الآية على الزنا ؛ وقال داود : لايجوز إلا بشرط الخوف أن لايقيما حدود الله على ظاهر الآية ؛ وشذ النعمان فقال : يجوز الخلع مع الإضرار ؛ والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل ، فيتحصل فى الخلع خمسة أقوال : قول إنه لا يجوز أصلا . وقول إنه يجوز على كل حال : أى مع الضرر. وقول إنه لايجوز إلا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لايقيما حدود الله . وقول إنه يجوز فى كل حال إلا مع الضرر ، وهو المشهور .

(المسئلة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع ممن لايجوز فإنه لاخلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها ، وأن الأمة لاتخالع عن نفسها إلا برضا سيدها ، وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر ؛ وقال مالك : يخالع

---

(١) هكذا جميع النسخ . ولعل الصواب يجب عليها ، فإن العوض راجع للزوج ، فليتأمل اهـ مصححه .

الأب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لأنه عنده يطلق عليه ، والخلاف فى الابن الصغير قال الشافعى وأبو حنيفة : لايجوز لأنه لايطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها ؛ وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله ؛ وقال الشافعى : لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز ، وكان من رأس المال ، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهملة التى لاوصى لها ولا أب فقال ابن القاسم : يجوز خلعها إذا كان خلع مثلها ، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها ؛ وشذ الحسن وابن سيرين فقالا : لايجوز الخلع إلا بإذن السلطان .

الفصل الثالث فى نوعه

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة سوّى بين الطلاق والفسخ ؛ وقال الشافعى : هو فسخ ، وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس . وقد روى عن الشافعى أنه كناية ، فإن أراد به الطلاق كان طلاقا وإلا كان فسخا ، وقد قيل عنه فى قوله الجديد إنه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به فى التطليقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا ، لأنه لو كان للزوج فى العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور : إن لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة ، وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بأن الفسوخ إنما هى التى تقتضى الفرقة الغالبة للزوج فى الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره ، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ ، واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر فى كتابه الطلاق فقال ـ الطلاق مرتان ـ ثم ذكر الافتداء ثم قال ـ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لاتحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضى قياسا على فسوخ البيع : أعنى الإقالة ، وعند المخالف أن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شىء يلحق جميع أنواع

الطلاق لأنه شيء غير الطلاق . فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟ .

الفصل الرابع فيما يلحقه من الأحكام

وأما لواحقه ففروع كثيرة ، لكن نذكر منها ما شهر : فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا ؟ فقال مالك : لايرتدف إلا إن كان الكلام متصلا ؛ وقال الشافعي : لايرتدف وإن كان الكلام متصلا ؛ وقال أبوحنيفة : يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي . وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق ، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ، ولذلك لايجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها ، فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ، ومن لم ير ذلك لم يرتدف ؛ ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لارجعة للزوج على المختلعة في العدة ، إلا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالا : إن ردّ لها ما أخذمنها في العدة أشهد على رجعتها ، والفرق الذى ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لايكون ؛ ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها في عدتها ؛ وقالت فرقة من المتأخرين : لايتزوجها هو ولا غيره في العدة . وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل ؟ . واختلفوا في عدة المختلعة وسيأتى بعد . واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك : القول قوله إن لم يكن هنالك بينة ؛ وقال الشافعي : يتحالفان ويكون عليها مهر المثل ، شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين ؛ وقال مالك : هى مدّعى عليها وهو مدع . ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذى لايعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذى يعتد به في الثلاث إلى قولين : أحدهما أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه : أعني في جوازه ، وكان الخلاف مشهورا

فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، فهذه على هذه الرواية هى طلاق لافسخ . والقول الثانى أن الاعتبار فى ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرّمة بالرضاع أو النكاح في العدة وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

الباب الخامس فى التخيير والتمليك

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة : التمليك والتخيير ، والتمليك عن مالك فى المشهور غير التخيير ، وذلك أن التمليك هو عنده تمليك المرأة إيقاع الطلاق ، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ، والمملك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة ، والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضى إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييرا مقيدا مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ، فى الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث ، وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك ، والمملّكة لا يبطل تمليكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس ؛ والرواية الثانية أنه يبقى لها التمليك إلى أن تردّ أو تطلق والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن فى التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق ؛ وليس له ذلك فى التمليك ؛ وقال الشافعى : اختارى وأمرك بيدك سواء ، ولا يكون ذلك طلاقا إلا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثا فثلاث ؛ فله عنده أن يناكرها فى الطلاق نفسه ، وفى العدد فى الخيار أو التمليك ، وهى عنده إن طلقت نفسها رجعية ، وكذلك هى عند مالك فى التمليك ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فإن طلقت نفسها فى التمليك واحدة فهى بائنة ؛ وقال الثورى : الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل القول قولها فى أعداد الطلاق فى التمليك ، وليس للزوج مناكرتها ، وهذا القول مروى عن على وابن المسيب ؛ وبه قال الزهرى وعطاء ، وقد قيل إنه ليس للمرأة فى التمليك إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ،

وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضى الله عنهما ، روى أنه جاء ابن مسعود رجل فقال : كان بيني وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس ، فقالت : لو أن الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع ، قال : فإن الذى بيدى من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثا ، قال : أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت فى عدتها ، وسألنى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صنع الله بالرجال وفعل : يعمدون إلى ما جعل الله فى أيديهم فيجعلونه بأيدى النساء بفيها التراب ، ماذا قلت فيها ؟ قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ، ولو رأيت غير ذلك علمت أنك لم تصب ، وقد قيل ليس التمليك بشىء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بجعل جاعل . وكذلك التخيير وهو قول أبى محمد بن حزم وقول مالك فى المملكة إن لها الخيار فى الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت فى المجلس وهو قول الشافعى وأبى حنيفة والأوزاعى وجماعة فقهاء الأمصار ؛ وعند الشافعى أن التمليك إذا أراد به الطلاق كالوكالة ، وله أن يرجع فى ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق ، وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه ، قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا ، لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق . وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد فى الحكم ، لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملك إنسانا أمرا من الأمور إن شاء أن يفعله أو لا يفعله فإنه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختارينى أو اختارى نفسك أنه ظاهر بعرف الشرع فى معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منه إنما كان البينونة وإنما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج فى التمليك أنه لم يرد به طلاقا إذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها ، وأما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية . فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية ، وكذلك فعل فى التخيير ، وإنما اتفقوا على

أن له مناكرتها فى العدد : أعنى فى لفظ التمليك ، لأنه لايدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره ، وإنما رأى مالك والشافعى أنه إذا طلقت نفسها بتمليكه إياها طلقة واحدة أنها تكون رجعية ، لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة ، وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة ، لأنه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها فى التمليك ثلاثا وأنه ليس للزوج مناكرتها فى ذلك ، فلأن معنى التمليك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير ، فإنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لأن العلة فى جعل الطلاق بأيدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة . وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم . وروى عن الحسن البصرى أنها إذا اختارت زوجها فواحدة ، وإذا اختارت نفسها فثلاث ، فيتحصل فى هذه المسئلة الخلاف فى ثلاثة مواضع : أحدها أنه لايقع بواحد منهما طلاق . والثانى أنه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة ، أعنى أن تملك بالتخيير البينونة ، وبالتمليك ما دون البينونة ، وإذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة ، وقيل تملك الثلاث ؛ وإذا قلنا إنها تملك واحدة فقيل رجعية ، وقيل بائنة . وأما حكم الألفاظ التى تجيب بها المرأة فى التخيير والتمليك فهى ترجع إلى حكم الألفاظ التى يقع بها الطلاق فى كونها صريحة فى الطلاق أو كناية أو محتملة ، وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم فى ألفاظ الطلاق .

(الجملة الثانية) وفى هذه الجملة ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى ألفاظ الطلاق وشروطه . الباب الثانى : فى تفصيل من يجوز طلاقه ممن لايجوز . الباب الثالث فى تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لايقع .

الباب الأول فى ألفاظ الطلاق وشروطه

وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الأول : فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة . الفصل الثانى : فى أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

الفصل الأول فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح ، أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ؛ فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع ، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ، ومن شبهه بالعقد فى النذر وفى اليمين أوقعه بالنية فقط ، ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط . واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح ، وكناية . واختلفوا فى تفصيل الصريح من الكناية وفى أحكامها وما يلزم فيها ، ونحن إنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الأصول ، فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط ، وما عدا ذلك كناية ، وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وهى المذكورة فى القرآن ؛ وقال بعض أهل الظاهر : لايقع طلاق إلا بهذه الثلاث . فهذا هو اختلافهم فى صريح الطلاق من غير صريحه . وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا فى هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف : أعنى أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق ، أو هى باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت فى هذا المعنى : أعنى فى معنى الطلاق كانت مجازا إذ هذا هو معنى الكناية : أعنى اللفظ الذى يكون مجازا فى دلالته ، وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لايقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة ، لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهى عبادة ، ومن شرطها اللفظ ، فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها . فأما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان

مشهورتان : إحداهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها . والثانية اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فإن مالكا والشافعي وأبا حنيفة قالوا : لايقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا إذا قال لزوجته أنت طالق ، وكذلك السراح والفراق عند الشافعي ؛ واستثنت المالكية بأن قالت : إلا أن تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق . وفقه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لايحتاج عندهم إلى نية ؛ وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى نية ، لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ، ومن رأيه الحكم بالتهم سدّا للذرائع ، وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة ، فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادعى .

(وأما المسئلة الثانية) فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق ، وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إما ثنتين وإما ثلاثا ، فقال مالك : هو ما نوى وقد لزمه ، وبه قال الشافعي إلا أن يقيد فيقول طلقة واحدة ، وهذا القول هو المختار عند أصحابه ؛ وأما أبو حنيفة فقال : لايقع ثلاثا بلفظ الطلاق لأن العدد لايتضمنه لفظ الإفراد لا كناية ولا تصريحا . وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل ؟ فمن قال بالنية أوجب الثلاث ، وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ؛ ومن رأى أنه لايحتمل العدد وأنه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال : لايجب العدد وإن نواه ؛ وهذه المسئلة اختلفوا فيها ، وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق : أعني اشتراط النية مع اللفظ ، أو بانفراد أحدهما ، فالمشهور عن مالك أن الطلاق لايقع إلا باللفظ والنية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية ؛ وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لايحتاج إلى نية ، فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم « إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسُهَا » والنية دون قول حديث نفس . قال : وليس يلزم من اشترط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها . واختلف المذهب

هل يقع بلفظ الطلاق فى المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض ؟ فقيل يقع ، وقيل لايقع ، وهذه المسئلة هى من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التى ليست بصريح ، فمنها ما هى كناية ظاهرة عند مالك ، ومنها ما هى كناية محتملة ؛ ومذهب مالك أنه إذا ادعى فى الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه فى الصريح ، وكذلك لايقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث فى الكنايات الظاهرة وذلك فى المدخول بها إلا ان يكون قال ذلك فى الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدقه فى الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث ، لأن طلاق غير المدخول بها بائن ، وهذه هى مثل قولهم : حبلك على غاربك ، ومثل البتة ، ومثل قولهم : أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعى فى الكنايات الظاهرة فإنه يرجع فى ذلك إلى ما نواه ، فإن كان نوى طلاقا كان طلاقا وإن كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق فى ذلك وقول أبى حنيفة فى ذلك مثل قول الشافعى ، إلا أنه إذا نوى على أصله ، احدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة ، وإن اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينوه لم يصدق ، وذلك إذا كان عنده فى مذاكرته الطلاق ؛ وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه القرينة إلا أربع : حبلك على غاربك ، واعتدى ، واستبرئى ، وتقنعى ، لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعى فى الكناية الظاهرة ، وخالفه فى ذلك جمهور العلماء فقالوا : ليس فيها شيء ، وإن نوى طلاقا فيتحصل فى الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال : قول أن يصدق بإطلاق ، وهو قول الشافعى ؛ وقول إنه لايصدق بإطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة ، وهو قول مالك ؛ وقول إنه يصدق إلا أن يكون فى مذاكرة الطلاق ، وهو قول أبى حنيفة . وفى المذهب خلاف فى مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل ، وبين قوتها وضعفها فى الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهى راجعة إلى هذه الأصول ؛ وإنما صار مالك إلى أنه لايقبل قوله فى الكنايات الظاهرة إنه لم يرد به طلاقا ، لأن العرف اللغوى

والشرعى شاهد عليه ، وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالبا، والمراد بها الطلاق ، إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك ، وإنما صار إلى أنه لايقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث ، لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة ، والبينونة لاتقع إلا خلعا عنده فى المشهور أو ثلاثا ، وإذا لم تقع خلعا لأنه ليس هناك عوض فبقى أن يكون ثلاثا ، وذلك فى المدخول بها ؛ ويتخرج على القول فى المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق فى ذلك وتكون واحدة بائنة ، وحجة الشافعى أنه إذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث فى صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى أن يقبل قوله فى كنايته لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ، ويشبه أن تقول المالكية إن لفظ الطلاق وإن كان صريحا فى الطلاق فليس بصريح فى العدد ومن الحجة للشافعى حديث ركانة المتقدم، وهو مذهب عمر فى حبلك على غاربك ، وإنما صار الشافعى إلى أن الطلاق فى الكنايات الظاهرة إذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم ، وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائنا لأنه المقصود به قطع العصمة ، ولم يجعله ثلاثا لأن الثلاث معنى زائد على البينونة عنده . فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ ؟ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البينونة فقط أو العدد ؟ فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ، ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية . ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب : أعنى من جنس المسائل الداخلة فى هذا الباب لفظ التحريم : أعنى من قال لزوجته أنت على حرام ، وذلك أن مالكا قال : يحمل فى المدخول بها على البتّ : أى الثلاث وينوى فى غير المدخول بها ، وذلك على قياس قوله المتقدم فى الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبى ليلى وزيد بن ثابت وعلىّ من الصحابة، وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال : لاينوى فى غير المدخول بها وتكون ثلاثا ، فهذا هو أحد الأقوال فى هذه المسئلة ، والقول الثانى أنه إن نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وإن نوى واحدة فهى واحدة بائنة ، وإن نوى يمينا فهو يمين يكفرها ، وإن لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشىء ، هى كذبة ، وقال بهذا القول الثورى ، والقول الثالث أنه يكون أيضا ما نوى بها وإن نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا

فثلاث ، وإن لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها ، وهذا القول قاله الأوزاعى . والقول الرابع أن ينوى فيها فى الموضعين فى إرادة الطلاق وفى عدده ، فما نوى كان ما نوى ، فإن نوى واحدة كان رجعيا ، وإن أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعى . والقول الخامس أنه ينوى أيضا فى الطلاق وفى العدد ، فإن نوى واحدة كانت بائنة ، فإن لم ينو طلاقا كان يمينا وهو مول ، فإن نوى الكذب فليس بشىء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه . والقول السادس إنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، إلا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلظة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ؛ وقال ابن عباس وقد سئل عنها : لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة ، خرجه البخارى ومسلم ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى - يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللهُ لكَ - الآية . والقول السابع أن تحريم المرأة كتحريم الماء ، وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى - لا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ ما أَحَلَّ اللهُ لَكُمْ - وهو قول مسروق والأجدع وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى وغيرهم . ومن قال فيها إنها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب فى الظهار ، وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة . وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية ؟ أو ليس بيمين ولا كناية ؟ فهذه أصول ما يقع من الاختلاف فى ألفاظ الطلاق.

الفصل الثانى فى ألفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين : إما تقييد اشتراط ، أو تقييد استثناء، والتقييد المشترط لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الأفعال المستقبلة أو بخروج شىء مجهول العلم إلى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل إلى علمه إلا بعد خروجه إلى الحس ، أو إلى الوجود أو بما لا سبيل إلى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فإنه لا يخلو أن يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق ، فإذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق إن شاء الله ، أو على جهة الاستثناء مثل أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فإن مالكا قال : لا يؤثر

الاستثناء فى الطلاق شيئا وهو واقع ولا بد . وقال أبو حنيفة والشافعى : إذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق . وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلة أو لا يتعلق ؟ وذلك أن الطلاق هو فعل حاضر ؛ فمن قال لا يتعلق به قال : لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة فى الطلاق ؛ ومن قال يتعلق به قال : يؤثر فيه . وأما إن علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل إلى علمها فلا خلاف فى مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ، ففيه خلاف فى المذهب ، قيل يلزمه الطلاق ، وقيل لا يلزمه ، والصبى والمجنون داخلان فى هذا المعنى ؛ فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال : يقع هذا الطلاق ؛ ومن اعتبر وجود الشرط قال : لا يقع لأن الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلة ، فإن الأفعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب : أحدها ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد ، فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا ، فهذا يقع ناجزا عند مالك ، ويقف وقوعه عند الشافعى وأبى حنيفة على وجود الشرط ؛ فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال : لا يقع إلا بوقوع الشرط ؛ ومن شبهه بالوطء الواقع فى الأجل بنكاح المتعة لكونه وطئا مستباحا إلى أجل قال : يقع الطلاق ؛ والثالث هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط ، وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجىء الحيض والطهر ، فى ذلك روايتان عن مالك : إحداهما وقوع الطلاق ناجزا ؛ والثانية وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذى يأتى على مذهب أبى حنيفة والشافعى ، والقول بإنجاز الطلاق فى هذا يضعف لأنه مشبه عنده بما يقع ولا بد ، والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فإن كان لا سبيل إلى علمه مثل أن يقول : إن كان خلق الله اليوم فى بحر القلزم حوتا بصفة كذا فأنت طالق ، فلا خلاف أعلمه فى المذهب أن الطلاق يقع فى ¹¹ ، وأما إن علقه بشىء يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود مثل أن يقول : إن ولدت أنثى فأنت طالق

فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود . وأما إن حلف بالطلاق أنها تلد أنثى ، فإن الطلاق فى الحين يقع عنده وإن ولدت أنثى ، وكان هذا من باب التغليظ ، والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده ومن قول مالك إنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلا من الأفعال أنه لايحنث حتى يفعل ذلك الفعل ؛ وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ضرب له أجل الإيلاء ولكن لايقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ، ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل ، وإن كان مما لايفوت كان على البر حتى يموت . ومن هذا الباب اختلافهم فى تبعيض المطلقة ، أو تبعيض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق ؛ فأما مسئلة تبعيض المطلقة ، فإن مالكا قال : إذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه ؛ وقال أبوحنيفة : لاتطلق إلا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج ، وكذلك تطلق عنده إذا طلق الجزء منها ، مثل الثلث أو الربع ؛ وقال داود : لاتطلق ؛ وكذلك إذا قال عند مالك : طلقتك نصف تطليقة طلقت ، لأن هذا كله عنده لايتبعض ؛ وعند المخالف إذا تبعض لم يقع ، وأما إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقا ، فإنه يكون ثلاثا عند مالك ؛ وقال أبوحنيفة والشافعي : يقع واحدة ؛ فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد ، أعني بقوله طلقتك ثلاثا قال : يقع الطلاق ثلاثا ؛ ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال : لايقع عليها الثاني والثالث ، ولا خلاف بين المسلمين فى ارتدافه فى الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فإنما يتصور فى العدد فقط ، فإذا طلق أعدادا من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يستثني ذلك العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، أو اثنتين إلا اثنتين ؛ وإما أن يستثني ما هو أقل . وإذا استثنى ما هو أقل ، فإما أن يستثني ما هو أقل مما هو أكثر ، وإما أن يستثني ما هو أكثر مما هو أقل ؛ فإذا استثنى الأقل من الأكثر فلا خلاف أعلمه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى : مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة . وأما إن

استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : أحدهما أن الاستثناء لايصح ، وهو مبنيّ على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل . والآخر أن الاستثناء يصح ، وهو قول مالك . وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، فإن مالكا قال : يقع الطلاق لأنه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما إذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه ، كما لوقال أنت طالق لاطالق معا ، فإن وقوع الشيء مع ضده مستحيل . وشذ أبومحمد بن حزم فقال : لايقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع ، لأن الطلاق لايقع فى وقت وقوعه إلا بإيقاع من يطلق فى ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع على وقوع طلاق فى وقت لم يوقعه فيه المطلق ، وإنما ألزم نفسه إيقاعه فيه ، فإن قلنا باللزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع ، هذا قياس قوله عندى وحجته ، وإن كنت لست أذكر فى هذا الوقت احتجاجه فى ذلك .

الباب الثانى فى المطلق الجائز الطلاق

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره ، واختلفوا فى طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض إن صح ، واختلفوا هل ترثه إن مات أم لا ؟ فأما طلاق المكرَه فإنه غير واقع عند مالك والشافعى وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى ابن أبى طالب وابن عباس ؛ وفرّق أصحاب الشافعى بين أن ينوى الطلاق أو لاينوى شيئا ، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان أصحهما أنه لايلزم ؛ وقال أبوحنيفة وأصحابه : هو واقع ، وكذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق . وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الإكراه مختار أم ليس بمختار ؟ لأنه ليس يكره على اللفظ إذ كان اللفظ إنما يقع باختياره . والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار فى إيقاع الشيء أصلا ، وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان موقعا للفظ

باختياره أنه ينطلق عليه فى الشرع اسم المكره لقوله تعالى ـ إلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ ـ وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق ، لأن الطلاق مغلظ فيه ، ولذلك استوى جده وهزله . وأما طلاق الصبى ، فإن المشهور عن مالك أنه لايلزمه حتى يبلغ ؛ وقال فى مختصر ما ليس فى المختصر : أنه يلزمه إذا ناهز الاحتلام ، وبه قال أحمد بن حنبل إذا هو أطاق صيام رمضان ؛ وقال عطاء : إذا بلغ اثنتى عشرة سنة جاز طلاقه ، وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وأما طلاق السكران ، فالجمهور من الفقهاء على وقوعه ؛ وقال قوم : لا يقع منهم المزنى وبعض أصحاب أبى حنيفة . والسبب فى اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فمن قال هو والمجنون سواء إذ كان كلاهما فاقدا للعقل ، ومن شرط التكليف العقل قال : لايقع ؛ ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه . واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لايلزمه ، فقال مالك : يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ، ولم يلزمه النكاح ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شىء ؛ وقال الليث : كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد فى قذف ، وكل ماجنته جوارحه فلازم له ، فيحد فى الشرب والقتل والزنى والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه كان لايرى طلاق السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لامخالف لعثمان فى ذلك من الصحابة . وقول من قال : إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ليس نصا فى إلزام السكران الطلاق لأن السكران معتوه ما ، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعنى أن طلاقه ليس يلزم ؛ وعن الشافعى القولان فى ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور ، واختار المزنى من أصحابه أن طلاقه غير واقع . وأما المريض الذى يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه ، فإن مالكا وجماعة يقول : ترثه زوجته ، والشافعى وجماعة لايورثها . والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة قالت لها الميراث مادامت فى العدة ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثورى ؛ وقال قوم : لها الميراث ما لم تتزوج ،

وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى؛ وقال قوم : بل ترث كانت فى العدة أو لم تكن ، تزوجت أم لم تتزوج ، وهو مذهب مالك والليث . وسبب الخلاف اختلافهم فى وجوب العمل بسدّ الذرائع ؛ وذلك أنه لما كان المريض يتهم فى أن يكون إنما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ؛ فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ؛ ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا ، وذلك أن هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه ، لأنهم قالوا : إنه لايرثها إن ماتت وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ، ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين ، لأنه يعسر أن يقال إن فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ؛ وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لايصح ، لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به فى الشرع ، ولكن إنما أنس القائلون به أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحابة ، ولا معنى لقولهم فإن الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور . وأما من رأى أنها ترث فى العدة، فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية ، وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط فى توريثها ما لم تتزوج فإنه لحظ فى ذلك إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لاترث زوجين . ولكون التهمة هى العلة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا إذا طلبت هى الطلاق أو ملّكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة : لاترث أصلا ؛ وفرق الأوزاعى بين التمليك والطلاق فقال : ليس لها الميراث فى التمليك ولها فى الطلاق وسوّى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال : إن ماتت لا يرثها وترثه هى إن مات ، وهذا مخالف للأصول جدا .

الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

وأما من يقع طلاقه من النساء ، فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة أزواجهن ، أو قبل أن تنقضى عددهن فى الطلاق الرجعى ،

وأنه لايقع على الأجنبيات : أعنى الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهى طالق ، فإن للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب : قول إن الطلاق لايتعلق بأجنبية أصلاً عمّ المطلق أوخص ، وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة ؛ وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أوخصص ، وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه ، وإن خصص لزمه ، وهو قول مالك وأصحابه ، أعنى مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهى طالق ، وكذلك فى وقت كذا ، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن . وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لايتعلق الطلاق بالأجنبية ؛ ومن قال ليس من شرطه إلاوجود الملك فقط قال : يقع بالأجنبية . وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنىّ على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتا به وحرجا ، وكأنه من باب نذر المعصية ؛ وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ؛ واحتج الشافعى بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاطَلاقَ إلاَّ مِنْ بَعْدِ نِكاحٍ » وفى رواية أخرى « لاطَلاقَ فيما لاَيَمْلِكُ ولا عِتْقَ فيما لاَيَمْلِكُ » وثبت ذلك عن علىّ ومعاذ وجابر ابن عبد الله وابن عباس وعائشة ؛ وروى مثل قول أبى حنيفة عن عمر وابن مسعود ، وضعّف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم .

(الجملة الثالثة : فى الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين : بائن ، ورجعى ، وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعى وجب أن يكون فى هذا الجنس بابان : الباب الأول : فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى . الباب الثانى : فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن .

الباب الأول فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة فى الطلاق الرجعى ما دامت فى العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى ـ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فى ذلكَ ـ وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له ، واتفقوا على أنها تكون بالقول والإشهاد . واختلفوا هل الإشهاد شرط فى صحتها أم ليس بشرط ؟ وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء ؟ فأما الإشهاد فذهب مالك إلى أنه مستحب ، وذهب الشافعى إلى أنه واجب . وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى ـ وأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ـ يقتضى الوجوب ، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التى يقبضها الإنسان يقتضى أن لايجب الإشهاد ، فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة ، فإن قوما قالوا : لاتكون الرجعة إلا بالقول فقط ، وبه قال الشافعى ؛ وقوم قالوا : تكون رجعتها بالوطء ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فقال قوم : لاتصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة ، لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك ؛ وأما أبوحنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية ؛ فأما الشافعى فقاس الرجعة على النكاح وقال : قد أمر الله بالإشهاد ، ولا يكون الإشهاد إلا على القول . وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبى حنيفة فإن أبا حنيفة يرى أن الرجعية محللة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده ، ولذلك كان التوارث بينهما ؛ وعند مالك أن وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها ، فلا بد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم فى شروط صحة الرجعة . واختلفوا فى مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المطلقة الرجعية ما دامت فى العدة ، فقال مالك : لايخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذنها ولا ينظر إلى شعرها ، ولابأس أن يأكل معها إذا كان معهما غيرهما . وحكى ابن القاسم أنه رجع عن إباحة الأكل معها ؛ وقال أبوحنيفة : لابأس أن تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدى البنان والكحل ، وبه قال الثورى وأبو يوسف والأوزاعى ، وكلهم قالوا : لايدخل عليها إلا أن

تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أو خفق نعل . واختلفوا فى هذا الباب فى الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج إذا انقضت عدتها ، فذهب مالك إلى أنها للذى عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل، هذا قوله فى الموطأ ، وبه قال الأوزاعى والليث . وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول ، وأنه قال : الأول أولى بها إلا أن يدخل الثانى ، وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا : ولم يرجع عنه لأنه أثبته فى موطئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه ، وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك فى الموطأ ؛ وأما الشافعى والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا : زوجها الأول الذى ارتجعها أحق بها دخل بها الثانى أو لم يدخل ، وبه قال داود وأبو ثور ، وهو مروى عن علي وهو الأبين ؛ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال فى هذه المسئلة : إن الزوج الذى ارتجعها مخير بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقها ، وحجة مالك فى الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة فى الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره أنه ليس له من أمرها شىء ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل إن هذا الحديث إنما يروى عن ابن شهاب فقط ؛ وحجة الفريق الأول أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة ، بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تتزوج ، وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسدا ، فإن نكاح الغير لا تأثير له فى إبطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول ، وهو الأظهر إن شاء الله، ويشهد لهذا ما خرجه الترمذى عن سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا اثْنَانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا ، وَمَنْ بَاعَ بَيْعًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا » .

الباب الثانى فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن

والطلاق البائن ، إما بما دون الثلاث فذلك يقع فى غير المدخول بها بلا خلاف ، وفى المختلعة باختلاف ، وهل يقع أيضا دون عوض ؟ فيه خلاف ،

وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح : أعنى فى اشتراط الصداق والولى والرضا ، إلا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور ؛ وشذ قوم فقالوا : المختلعة لايتزوجها زوجها فى العدة ولا غيره ، وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح فى العدة عبادة . وأما البائنة بالثلاث ، فإن العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لاتحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل « أنه طلق امرأته تميمة بنت وهب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير ، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها ، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال : لاَتحِلُّ لكَ حتى تَذُوقَ العُسَيْلَةَ » . وشذ سعيد بن المسيب فقال : إنه جائز أن ترجع إلى زوجها الأول بنفس العقد لعموم قوله تعالى ـ حتى تَنْكِحَ زَوْجا غَيْرَهُ ـ والنكاح ينطلق على العقد ، وكلهم قال : التقاء الختانين يحلها ، إلا الحسن البصرى فقال : لاتحل إلا بوطء بإنزال . وجمهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم : لايحل المطلقة إلا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ، ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ، ولا وطء من لم يكن بالغا ، وخالفهما فى ذلك كله الشافعى وأبو حنيفة والثورى والأوزاعى فقالوا : يحل الوطء وإن وقع فى عقد فاسد أو وقت غير مباح . وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ، ويحل وطء الذمى الذمية للمسلم ، وكذلك المجنون عندهم ، والخصى الذى يبقى له ما يغيبه فى فرج ، والخلاف فى هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لايتناوله ؟ واختلفوا من هذا الباب فى نكاح المحلل : أعنى إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول ؛ فقال مالك : النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، والشرط فاسد لاتحل به ، ولا يعتبر فى ذلك عنده إرادة المرأة التحليل ، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ، ولا تؤثر النية فى ذلك ، وبه قال داود وجماعة وقالوا : هو محلل للزوج المطلق ثلاثا ؛ وقال بعضهم : النكاح جائز والشرط باطل : أى ليس

يحللها ، وهو قول ابن أبى ليلى ، وروى عن الثورى ؛ واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ » فلعنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل على النهى ، والنهى يدل على فساد المنهىّ عنه ، واسم النكاح الشرعى لاينطلق على النكاح المنهى عنه . وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى ـ حتى تنكح زوجا غيره ـ وهذا ناكح ، وقالوا : وليس فى تحريم قصد التحليل ما يدل على أن علمه شرط فى صحة النكاح ، كما أنه ليس النهى عن الصلاة فى الدار المغصوبة ، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الإذن من مالكها فى ذلك ، قالوا : وإذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فأحرى أن لايدل على بطلان التحليل ، وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها . واختلفوا فى هل يهدم الزوج ما دون الثلاث ؟ فقال أبو حنيفة يهدم ، وقال مالك والشافعى لايهدم : أعنى إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا ؟ فمن رأى أن هذا شىء يخص الثالثة بالشرع قال : لايهدم ما دون الثالثة عنده ؛ ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم ما دونها قال : يهدم ما دون الثلاث ، والله أعلم .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان : الأول : فى العدة . الثانى : فى المتعة

الباب الأول فى العدة

والنظر فى هذا الباب فى فصلين : الفصل الأول : فى عدة الزوجات : الفصل الثانى : فى عدة ملك اليمين .

الفصل الأول فى عدة الزوجات

والنظر فى عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين : أحدهما فى معرفة العدة . والثانى : فى معرفة أحكام العدة :

(النوع الأول) وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة ، وكل واحدة من هاتين إذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى ـ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ـ . وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض . وغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات ، وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عاداتهن فى الحيض ، وإما مرتفعات الحيض ، وإما مستحاضات . والمرتفعات الحيض فى سن الحيض إما مرتابات بالحمل : أى بحس فى البطن ، وإما غير مرتابات . وغير المرتابات إما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، وإما غير معروفات . فأما ذوات الحيض الأحرار الجاريات فى حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء ، والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن ، واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ، ولا خلاف فى هذا لأنه منصوص عليه فى قوله تعالى ـ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ـ الآية ، وفى قوله تعالى ـ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ ـ الآية . واختلفوا من هذه الآية فى الأقراء ما هى ؟ فقال قوم : هى الأطهار : أعنى الأزمنة التى بين الدمين ؛ وقال قوم : هى الدم نفسه ، وممن قال إن الأقراء هى الأطهار . أما من فقهاء الأمصار فمالك والشافعى وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة ، وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ؛ وممن قال إن الأقراء هى الحيض أما من فقهاء الأمصار فأبو حنيفة والثورى والأوزاعى وابن أبى ليلى وجماعة ، وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعرى . وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون : الأقراء هى الحيض . وحكى أيضا عن الشعبى أنه قول أحد عشر أو اثنى عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه ، فروى عنه أنه كان يقول : إنها الأطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلى هو أنها الحيض ، والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار رأى أنها إذا دخلت الرجعية عنده فى الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ، ومن رأى

أنها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضى الحيضة الثالثة . وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء ، فإنه يقال فى كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الأطهار ، وقد رام كلا الفريقين أن يدل على أن لسم القرء فى الآية ظاهر فى المعنى الذى يراه ، فالذين قالوا إنها الأطهار قالوا : إن هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر ، وذلك أن القرء الذى هو الحيض يجمع على أقراء لاعلى قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنبارى ، وأيضا فانهم قالوا : إن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلوكان القرء الذى يرا دبه الحيض لما ثبت فى جمعه الهاء ، لأن الهاء لاتثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة ، وقالوا أيضا : إن الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الماء فى الحوض : أى جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فإنهم قالوا : إن قوله تعالى ـ ثلاثة قروء ـ ظاهر فى تمام كل قرء منها ، لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه إلا تجوّزا ، وإذا وصفت الأقراء بأنها هى الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرءين وبعض قرء ، لأنها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وإن مضى أكثره وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوّزا ، واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها ، وذلك لايتفق إلا بأن تكون الأقراء هى الحيض لأن الإجماع منعقد على أنها إن طلقت فى حيضة أنها لاتعتد بها ، ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء ، والذى رضيه الحذاق أن الآية مجملة فى ذلك ، وأن الدليل ينبغى أن يطلب من جهة أخرى ؛ فن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء هى الأطهار حديث ابن عمر المتقدم ، وقوله صلى الله عليه وسلم « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا إنْ شاءَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّها ، فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِى أمَرَ اللهُ أنْ يُطَلَّقَ لهَا النِّساءُ » قالوا : وإجماعهم على أن طلاق السنة لايكون إلا فى طهر لم تمس فيه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » دليل واضح على أن العدة هى الأطهار لكى يكون الطلاق متصلا بالعدة . ويمكن أن يتأول قوله ـ فتلك العدة ـ أى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض .

وأقوى ما تمسك به الفريق الثانى أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها إنما تكون بالحيض لابالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون الأقراء هى الحيض واحتج من قال الأقراء هى الأطهار بأن المعتبر فى براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لاانقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام : أعنى المشترط هى الأطهار التى بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة . ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحججهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، ولم يختلف القائلون أن العدة هى الأطهار أنها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا إنها الحيض ، فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة ، وبه قال الأوزاعى ؛ وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة ، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ، ومن الفقهاء الثورى وإسحاق ابن عبيد ؛ وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها ؛ وقيل إن للزوج عليها الرجعة وإن فرطت فى الغسل عشرين سنة ، حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة ، وهو أيضا شاذ ، فهذه هى حال الحائض التى تحيض . وأما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض ، فإنها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة فى الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ، ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل . واختلف عن مالك متى تعتد بالتسعة أشهر ؟ فقيل من يوم طلقت ، وهو قوله فى الموطأ ؛ وروى ابن القاسم عنه : من يوم رفعها حيضتها ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور فى التى ترتفع حيضتها وهى لاتيأس منها فى المستأنف : إنها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل فى السن الذى تيأس فيه من المحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر

وتحيض قبل ذلك ؛ وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد ؛ وعمدة مالك من طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظنا غالبا بدليل أنه قد تحيض الحامل ، وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية فى العلم ببراءة الرحم بل هى قاطعة على ذلك، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة ، فإن حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض ، واحتسبت بذلك القرء ، ثم تنتظر القرء الثانى أو السنة إلى أن تمضى لها ثلاثة أقراء ؛ وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ـ والتى هى من أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأى فيه عسر وحرج ؛ ولو قيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدا إذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضتها ، وكان قوله ـ إن ارتبتم ـ راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض على ما تأوله مالك عليه ، فكأن ما لكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية ، فإنه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا من قبل السن ، ولذلك جعل قوله ـ إن ارتبتم ـ راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض : أى إن شككتم فى حكمهن ، ثم قال فى التى تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهى فى سن من تحيض إنها تعتد بالأشهر ؛ وأما إسمعيل وابن بكير من أصحابه ، فذهبوا إلى أن الريبة ههنا فى الحيض ، وأن اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ، فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ، ونعم ما فعلوا لأنه إن فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون فى هذا السن : أعنى سن اليائس وإن من فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب أن تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهى فى سن من تحيض بالأشهر ، وهو قياس قول أهل الظاهر ، لأن اليائسة فى الطرفين ليس هى عندهم من أهل العدة لا بالأقراء ولا بالشهور . وأما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان . وأما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض ، فإن المشهور عند مالك أنها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال ؛ وقد قيل إن المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة إذا لم تميز بين الدمين ، فإن ميزت بين الدمين فعنه روايتان : إحداهما

أن عدتها السنة . والأخرى أنها تعمل على التمييز فتعتد بالأقراء ؛ وقال أبو حنيفة عدتها الأقراء إن تميزت لها وإن لم تتميز لها فثلاثة أشهر ؛ وقال الشافعى : عدتها بالتمييز إذا انفصل عنها الدم ، فيكون الأحمر القانى من الحيضة ، ويكون الأصفر من أيام الطهر ، فإن طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها فى صحتها وإنما ذهب مالك إلى بقاء السنة لأنه جعلها مثل التى لاتحيض وهى من أهل الحيض ؛ والشافعى إنما ذهب فى العارفة أيامها أنها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة « اتْركِى الصلاةَ أيَّامَ أقْرَائِكِ فإذَا ذَهَبَ عَنْكِ قَدْرُها فاغْسِلِى الدَّمَ » وإنما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش « إذَا كانَ دَمُ الحَيْضِ فإنَّهُ دَمٌ أسْوَدُ يُعْرَفُ ، فإذَا كانَ ذلكِ فأمْسِكِى عَنِ الصلاةِ ، فإذَا كانَ الآخَرُ فَتَوَضَّئِى وَصَلِّى فإنمَا هُوَ عِرْقٌ » خرّجه أبو داود ، وإنما ذهب من ذهب إلى عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم ، لأنه معلوم فى الأغلب أنها فى كل شهر تحيض ، وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه . وأما المسترابة : أعنى التى تجد حسا فى بطنها تظن به أنه حمل فإنها تمكث أكثر مدة الحمل ، وقد اختلف فيه فقيل فى المذهب أربع سنين ، وقيل خمس سنين ؛ وقال أهل الظاهر : تسعة أشهر ، ولا خلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن : أعنى المطلقات لقوله تعالى ـ وأُولاتُ الأحمَالِ أجَلُهُنَّ أنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ـ وأما الزوجات غير الحرائر فإنهن ينقسمن أيضا بتلك الأقسام بعينها ، أعنى حُيَّضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فأما الحُيَّض اللاتى يأتيهن حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن حيضتان ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حِيَض كالحرة ، وبه قال ابن سيرين . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى ـ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة . واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه ، وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد ، أعنى كونه متنصفا مع الرق ، وإنما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الأمة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغيرة فإن مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا : عدتها ثلاثة أشهر ؛ وقال

الشافعي وأبوحنيفة والثورى وأبوثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة ، وهوالقياس إذا قلنا بتخصيص العموم ، فكأن مالكا اضطرب قوله ، فمرة أخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ، ومرة أخذ بالقياس وذلك فى ذوات الحيض ، والقياس فى ذلك واحد . وأما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول فى الحرة والخلاف فى ذلك ، وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لاعدة عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته فى العدة من الطلاق الرجعى ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا ؟ فقال جمهور فقهاء الأمصار : تستأنف؛ وقالت فرقة : تبقى فى عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولى الشافعى ؛ وقال داود : ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة . وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن مسيس ، ما خلا رجعة المولى : وقال الشافعى ؛ إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الأولى ، وقول الشافعى أظهر ؛ وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الإنفاق ، فإن أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة إن كان طلاقا ، وإن لم ينفق بقيت على عدتها الأولى ، وإذا تزوجت ثانيا فى العدة فعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما تداخل العدتين . والأخرى نفيه : فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم ، لأن ذلك حاصل مع التداخل . ووجه الثانية كون العدة عبادة ، فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة ، وإذا عتقت الأمة فى عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ، ولم تنتقل إلى عدة الحرة ؛ وقال أبوحنيفة : تنتقل فى الطلاق الرجعى دون البائن ؛ وقال الشافعى : تنتقل فى الوجهين معا . وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها ؟ فمن قال من أحكام الزوجية قال : لاتنتقل عليها ؛ ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال : تنتقل كما لو أعتقت وهى زوجة ثم طلقت ؛ وأما من فرق بين البائن والرجعى فبين ، وذلك أن الرجعى فيه شبه من أحكام العصمة ، ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق إذا مات وهى فى عدة من طلاق رجعى ، وأنها تنتقل إلى عدة الموت ، فهذا هو القسم الأول من قسمى النظر فى العدة .

(القسم الثانى) وأما النظر فى أحكام العدد ، فإنهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى ، وكذلك الحامل لقوله تعالى فى الرجعيات ـ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ـ الآية ، ولقوله تعالى ـ وإنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فأنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ـ . واختلفوا فى سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال : أحدها أن لها السكنى والنفقة ، وهو قول الكوفيين . والقول الثانى أنه لاسكنى لها ولا نفقة، وهو قول أحمد وداود وأبى ثور وإسحاق وجماعة . والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها ، وهو قول مالك والشافعى وجماعة . وسبب اختلافهم اختلاف الرواية فى حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له ، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت « طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة » خرّجه مسلم ، وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إنمَا السُّكْنَى والنَّفَقَةُ لِمَنْ لِزَوْجِها عَلَيْها الرَّجْعَةُ » وهذا القول مروى عن على وابن عباس وجابر ابن عبد الله . وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فإنهم احتجوا بما رواه مالك فى موطئه من حديث فاطمة المذكورة ، وفيه « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ » وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقى على عمومه فى قوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ـ وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام بأن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم بأنه كان فى لسانها بذاء . وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى ـ أسكنوهنّ من حيث سكنتم من وُجدكم ـ وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان فى الرجعية وفى الحامل وفى نفس الزوجية . وبالجملة فحيثما وجبت السكنى فى الشرع وجبت النفقة . وروى عن عمر أنه قال فى حديث فاطمة هذا : لاندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة ، يريد قوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجدكم ـ الآية . ولأن المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام أنه أوجب

النفقة حيث تجب السكنى ، فلذلك الأولى فى هذه المسئلة إما أن يقال إن لها الأمرين جميعا مصيرا إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ، ووجه عسره ضعف دليله . وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون فى ثلاثة أشياء : فى طلاق ، أو موت ، أو اختيار الأمة نفسها إذا أعتقت . واختلفوا فيها فى الفسوخ ، والجمهور على وجوبها . ولما كان الكلام فى العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول : إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشرا لقوله تعالى - يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا - . واختلفوا فى عدة الحامل وفى عدة الأمة إذا لم تأتها حيضتها فى الأربعة الأشهر وعشر ماذا حكمها ؟ فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة فى هذه المدة ، فإن لم تحض فهى عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل ؛ وقيل عنه إنها قد لاتحيض وقد لاتكون مسترابة ، وذلك إذا كانت عادتها فى الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا إما غير موجود ، أعنى من تكون عادتها أن تحيض أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر ، وإما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء إذا وجدت ، فقيل تنتظر حتى تحيض ؛ وروى عنه ابن القاسم تتزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل ، وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبى حنيفة والشافعى والثورى .

(وأما المسئلة الثانية) وهى الحامل التى يتوفى عنها زوجها ، فقال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار : عدتها أن تضع حملها مصيرا إلى عموم قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وإن كانت الآية فى الطلاق وأخذا أيضا بحديث أم سلمة أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه « فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : قَدْ حَلَلْتِ فانْكِحِي مَنْ شِئْتِ » وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين ، يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين ، إما الحمل ، وإما انقضاء العدة عدة الموت ، وروى مثل ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ، والحجة لهم أن ذلك هو الذى يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الأمة المتوفى عنها من

تحل له ، فإنها لاتخلو أن تكون زوجة أوملك يمين أو أم ولد أوغير أم ولد ، فأما الزوجة فقال الجمهور : إن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة؛ وقال أهل الظاهر : بل عدتها عدة الحرة ، وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرا إلى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعى وأحمد والليث وأبوثور وجماعة : عدتها حيضة ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك : وإن كانت ممن لاتحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، ولها السكنى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى : عدتها ثلاث حيض ، وهوقول على وابن مسعود ؛ وقال قوم : عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ؛ وقال قوم : عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشر ؛ وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض ، فلم يبق إلا استبراء رحمها ، وذلك يكون بحيضة تشبيها بالأمة يموت عنها سيدها ، وذلك ما لاخلاف فيه ؛ وحجة أبى حنيفة أن العدة إنما وجبت عليها وهى حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ؛ ولا بأمة فتعتد عدة أمة ، فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الأحرار . وأما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بالحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لاتلبسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشر ، وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة تشبيها بالزوجة الأمة . فسبب الخلاف أنها مسكوت عنها ، وهى مترددة الشبه بين الأمة والحرة . وأما من شبهها بالزوجة الأمة فضعيف ، وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة ، وهو مذهب أبى حنيفة .

الباب الثانى فى المتعة

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة فى كل مطلقة ؛ وقال قوم من أهل الظاهر : هى واجبة فى كل مطلقة ؛ وقال قوم : هى مندوب إليها وليست واجبة وبه قال مالك . والذين قالوا بوجوبها فى بعض المطلقات اختلفوا فى ذلك ؛ فقال أبوحنيفة : هى واجبة على من طلق قبل الدخول ، ولم يفرض لها صداقا مسمى ؛ وقال الشافعى . هى واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول ، وعلى هذا جمهور العلماء . واحتج أبوحنيفة

بقوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا ـ فاشترط المتعة مع عدم المسيس ، وقال تعالى ـ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ـ فعلم أنه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى أن لاتجب لها المتعة ، وهذا لعمرى مخيل ، لأنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه ، وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة فى قوله تعالى ـ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ على العموم فى كل مطلقة إلا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول . وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم ، والجمهور على أن المختلعة لامتعة لها لكونها معطية من يدها كالحال فى التى طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق ، وأهل الظاهر يقولون : هو شرع فتأخذ وتعطى . وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى فى آخر الآية ـ حقا على المحسنين ـ أى على المتفضلين المتجملين ، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب . واختلفوا فى المطلقة المعتدة هل عليها إحداد ؟ فقال مالك : ليس عليها إحداد .

باب فى بعث الحكمين

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما فى التشاجر : أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى ـ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ـ الآية ، وأجمعوا على أن الحكمين لايكونان إلا من أهل الزوجين : أحدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة ، إلا أن لايوجد فى أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما ؛ وأجمعوا على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ؛ وأجمعوا على أن

قولهما فى الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا فى تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لايحتاج إلى ذلك ؟ فقال مالك وأصحابه : يجوز قولهما فى الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما فى ذلك ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما : ليس لهما أن يفرقا ، إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق . وحجة مالك ما رواه من ذلك عن على بن أبى طالب أنه قال فى الحكمين : إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع . وحجة الشافعى وأبى حنيفة أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج . واختلف أصحاب مالك فى الحكمين يطلقان ثلاثا ، فقال ابن القاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا إن طلقاها ثلاثا . والأصل أن الطلاق بيد الرجل إلا أن يقوم دليل على غير ذلك . وقد احتج الشافعى وأبو حنيفة بما روى فى حديث على هذا أنه قال للحكمين : هل تدريان ماعليكما ؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لى وعلىّ ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال على : لاوالله لاتنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة ، قال : فاعتبر فى ذلك إذنه . ومالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يطلق بالضرر عند مالك إذا تبين .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الإيلاء

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى - لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ - والإيلاء : هو أن يحلف الرجل أن لايطأ زوجته إما مدة هى أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو بإطلاق على الاختلاف المذكور فى ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الأمصار فى الإيلاء فى مواضع : فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى ، أم إنما تطلق بأن يوقف بعد الأربعة الأشهر ؟ فإما فاء وإما طلق ، . ومنها هل الإيلاء يكون بكل يمين ، أم بالأيمان المباحة فى الشرع فقط ؟ . ومنها إن أمسك عن الوطء

بغير يمين هل يكون موليا أم لا ؟ . ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمده من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك ؟ أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ؟ . ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعى؟ . ومنها إن أبى الطلاق والفيء هل يطلق القاضى عليه أم لا ؟ . ومنها هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث فى الزواج الثانى ؟ . ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأها فى العدة أم لا ؟ . ومنها هل إيلاء العبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ؟ . ومنها هل إذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عدة أم لا ؟ . فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الإيلاء بين فقهاء الأمصار التى تتنزل من هذا الباب منزلة الأصول ، ونحن نذكر خلافهم فى مسئلة مسئلة منها ، وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

(المسئلة الأولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسها أم لا تطلق وإنما الحكم أن يوقف فإما فاء وإما طلق ؟ فإن مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر ، فإما فاء وإما طلق ، وهو قول على وابن عمر ، وإن كان قد روى عنهما غير ذلك ، لكن الصحيح هو هذا ؛ وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر إلا أن يفيء فيها ، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين . وسبب الخلاف هل قوله تعالى ـ فإنْ فاءُوا فإنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ـ أى فإن فاءوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها ؟ فمن فهم منه قبل انقضائها قال : يقع الطلاق ، ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى ـ وإنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فإنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ـ أن لا يفيء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال : معنى قوله ـ وإن عزموا الطلاق ـ أى باللفظ ـ فإن الله سميع عليم ـ . وللمالكية فى الآية أربعة أدلة : أحدها أنه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل فى الديون المؤجلة . الدليل الثانى أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله . وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجوّزا : أعنى ليس ينسب إليه على مذهب الحنفية إلا تجوزا ، وليس يصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل الدليل الثالث قوله تعالى ـ وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ـ قالوا : فهذا يقتضى وقوع الطلاق على

وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لابانقضاء المدة . الرابع أن الفاء فى قوله تعالى ـ فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ـ ظاهرة فى معنى التعقيب ، فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة ، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق . وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد فى ذلك تشبيه هـذه المدة بالعدة الرجعية إذ كانت العدة إنما شرعت لئلا يقع منه ندم ، وبالجملة فشبهوا الإيلاء بالطلاق الرجعى ، وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى ، وقد روى ذلك عن ابن عباس .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فى اليمين التى يكون بها الإيلاء ، فإن مالكا قال : يقع الإيلاء بكل يمين ، وقال الشافعى : لايقع إلا بالأيمان المباحة فى الشرع وهى اليمين بالله أو بصفة من صفاته . فمالك اعتمد العموم : أعنى عموم قوله تعالى ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ والشافعى يشبه الإيلاء بيمين الكفارة ، وذلك أن كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى ، فوجب أن تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الإيلاء هى اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة .

(المسئلة الثالثة) وأما لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير يمين ، فإن الجمهور على أنه لايلزمه حكم الإيلاء بغير يمين ، ومالك يلزمه وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء ، وإن لم يحلف على ذلك؛ فالجمهور اعتمدوا الظاهر ، ومالك اعتمد المعنى ، لأن الحكم إنما لزمه باعتقاده ترك الوطء ، وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين ، لأن الضرر يوجد فى الحالتين جميعا .

(المسئلة الرابعة) وأما اختلافهم فى مدة الإيلاء ، فإن مالكا ومن قال بقوله يرى أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذ كان الفىء عندهم إنما هو بعد الأربعة الأشهر ؛ وأما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هى الأربعة الأشهر فقط إذ كان الفىء عنده إنما هو فيها ؛ وذهب الحسن وابن أبى ليلى إلى أنه إذا حلف وقتا مّا وإن كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الأجل إلى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين . وروى عن ابن عباس أن المولى هو من حلف أن لايصيب امرأته على التأبيد . والسبب فى اختلافهم فى المدة إطلاق الآية ، فاختلافهم فى وقت الفىء ، وفى صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة فى هذه المعانى أو مجملة ، وكذلك اختلافهم فى صفة المولى والمولى

منها ونوع الطلاق على ما سيأتى بعد . وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها ، وهذه هى أركان الإيلاء : أعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفىء والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه .

(المسئلة الخامسة) فأما الطلاق الذى يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعى أنه رجعى ، لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعى إلى أن يدل الدليل على أنه بائن ؛ وقال أبو حنيفة وأبو ثور : هو بائن ، وذلك أنه إن كان رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة . فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف فى الطلاق ، فمن غلب الأصل قال : رجعى ، ومن غلب المصلحة قال : بائن .

(المسئلة السادسة) وأما هل يطلق القاضى إذا أبى الفىء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق ، فإن مالكا قال : يطلق القاضى عليه ؛ وقال أهل الظاهر : يحبس حتى يطلقها بنفسه . وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف فى الطلاق للمصلحة ؛ فمن راعى الأصل المعروف فى الطلاق قال : لايقع طلاق إلا من الزوج ؛ ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به ، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

(المسئلة السابعة) وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها ؟ فإن مالكا يقول : إذا راجعها فلم يطأها تكرر الإيلاء عليه ، وهذا عنده فى الطلاق الرجعى والبائن . وقال أبو حنيفة : الطلاق البائن يسقط الإيلاء وهو أحد قولى الشافعى ، وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على أن الإيلاء لايتكرر ؛ بعد الطلاق إلا بإعادة اليمين . والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الإيلاء ، وذلك أنه لاإيلاء فى الشرع إلا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح بنفسه لا فى نكاح آخر ، ولكن إن راعينا هذا وجد الضرر المقصود إزالته بحكم الإيلاء ، ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد معنى الإيلاء .

(المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها ؟ فإن الجمهور على أن العدة تلزمها ؛ وقال جابر بن زيد : لاتلزمها عدة إذا

كانت قد حاضت فى مدة الأربعة الأشهر ثلاث حيض ، وقال بقوله طائفة ، وهو مروى عن ابن عباس . وحجته أن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم ، وهذه قد حصلت لها البراءة . وحجة الجمهور أنها مطلقة فوجب أن تعتد كسائر المطلقات . وسبب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة ؛ فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

(المسئلة التاسعة) وأما إيلاء العبد ، فإن مالكا قال : إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر ، قياسا على حدوده وطلاقه ؛ وقال الشافعى وأهل الظاهر : إيلاؤه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم ، والظاهر أن تعلق الأيمان بالحر والعبد سواء ، والإيلاء يمين ، وقياسا أيضا على مدة العنين ؛ وقال أبو حنيفة : النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة ، فإن كانت المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر وإن كان الزوج عبدا ، وإن كانت أمة فعلى النصف ؛ وقياس الإيلاء على الحد غير جيد ، وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحرّ ، لأن الفاحشة منه أقل قبحا ، ومن الحر أعظم قبحا ، ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة ، فإذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة ، والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه ، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط ، وهذا لم يقل به أحد ، فالواجب التسوية . والذين قالوا بتأثير الرق فى مدة الإيلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الإيلاء ، هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا ؟ فقال مالك : لا ينتقل من إيلاء العبيد إلى إيلاء الأحرار ؛ وقال أبو حنيفة : ينتقل ؛ فعنده أن الأمة إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار ؛ وقال ابن القاسم : الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا إيلاء عليها ، فإن وقع وتمادى حسبت الأربعة الأشهر من يوم بلغت ، وإنما قال ذلك لأنه لا ضرر عليها فى ترك الجماع ؛ وقال أيضا : لا إيلاء على خصىّ ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى أن يطأ فى العدة أم لا ؟ فإن الجمهور ذهبوا إلى أن ذلك ليس من شرطها ؛ وأما مالك فإنه قال : إذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى

على عدتها ، ولاسبيل له إليها إذا انقضت العدة . وحجة الجمهور أنه لايخلو أن يكون الإيلاء يعود برجعته إياها فى العدة أو لايعود ، فإن عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة ؛ أعنى تحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة ، وإن لم يعد إيلاء لم يعتبر أصلا إلا على مذهب من يرى أن الإيلا يكون بغير يمين ، وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعه ؛ وأما مالك فإنه قال : كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر ، فإن صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر ، وأصله المعسر بالنفقة إذا طلق عليه ثم ارتجع ، فإن رجعته تعتبر صحتها بيساره . فسبب الخلاف قياس الشبه ، وذلك أن من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الإيلاء ، ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال : يبقى على الأصل .

كتاب الظهار

والأصل فى الظهار الكتاب والسنة . فأما الكتاب فقوله تعالى ـ والَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ـ الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظاهر منى زوجى أويس ابن الصامت ، فجئت رسولَ الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ، ورسول الله يجادلنى فيه ويقول : اتَّقِى اللهَ فإنَّهُ ابْنُ عَمِّكِ ، فما خرجتُ حتى أنزل الله ـ قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِى تُجادِلُكَ فى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِى إلى اللهِ واللهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا ـ الآيات ، فقال : لِيَعْتِقْ رَقَبَةً ، قالت : لايجد ، قال : فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، قالَتْ : يارسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام ، قال : فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً ، قالت : ما عنده من شىء يتصدق به ، قال : فإنى سَأُعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ ، قالت : وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : لَقَدْ أَحْسَنْتِ اذْهَبِى فَأَطْعِمِى عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِيناً » خرجه أبو داود . وحديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم .

والكلام فى أصول الظهار ينحصر فى سبعة فصول : منها فى ألفاظ الظهار .

ومنها فى شروط وجوب الكفارة فيه ؛ ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ؟ . ومنها هل يدخل الإيلاء عليه ؟ . ومنها القول فى أحكام كفارة الظهار .

الفصل الأول فى ألفاظ الظهار

واتفق الفقهاء على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت علىّ كظهر أمى أنه ظهار ، واختلفوا إذا ذكر عضوا غير الظهر ، أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الأم ، فقال مالك : هو ظهار ؛ وقال جماعة من العلماء: لايكون ظهارا إلا بلفظ الظهر والأم . وقال أبو حنيفة : يكون بكل عضو يحرم النظر إليه . وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى التحريم تستوى فيه الأم وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الأعضاء ؛ وأما الظاهر من الشرع ، فإنه يقتضى أن لايسمى ظهارا إلا ما ذكر فيه لفظ الظهر والأم . وأما إذا قال : هى علىّ كأمى ولم يذكر الظهر ، فقال أبو حنيفة والشافعى : ينوى فى ذلك لأنه قد يريد بذلك الإجلال لها وعظم منزلتها عنده ؛ وقال مالك : هو ظهار . وأما من شبه زوجته بأجنبية لاتحرم عليه على التأبيد ، فإنه ظهار عند مالك ، وعند ابن الماجشون ليس بظهار ، وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم ؟.

الفصل الثانى فى شروط وجوب الكفارة فيه

وأما شروط وجوب الكفارة ، فإن الجمهور على أنها لاتجب دون العود ، وشذ مجاهد وطاوس فقالا : لاتجب دون العود ، ودليل الجمهور قوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة - وهو نص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود ، وأيضا فن طريق القياس ، فإن الظهار يشبه الكفارة فى اليمين ، فكما أن الكفارة إنما تلزم بالمخالفة أو بإرادة المخالفة ، كذلك الأمر فى الظهار . وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العلية فوجب أن يوجبها بنفسه لابمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر ؛ وأيضا

قالوا: إنه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة، وهو معنى قوله تعالى - ثم يعودون لما قالوا - والعود عندهم هو العود فى الإسلام. فأما القائلون باشتراط العود فى إيجاب الكفارة، فإنهم اختلفوا فيه ما هو؟ فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات: إحداهن أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معا. والثانية أن يعزم على وطئها فقط، وهى الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه، وبه قال أبو حنيفة وأحمد. والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء، وهى أضعف الروايات عند أصحابه. وقال الشافعى: العود هو الإمساك نفسه، قال: ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة، لأن إقامته زمانا يمكن أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام إرادة الإمساك منه، أو هو دليل ذلك. وقال داود وأهل الظاهر: العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه، فدليل الرواية المشهورة لمالك ينبنى على أصلين: أحدهما أن المفهوم من الظهار هو أن الوجوب الكفارة فيه إنما يكون بإرادته العود إلى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هى إما الوطء نفسه، وإما العزم عليه وإرادته. والأصل الثانى ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو وطء لقوله تعالى فى الآية - فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا - ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر. قالوا: ولو كان العود نفسه هو الإمساك لكان الظهار نفسه يحرم الإمساك فكان الظهار يكون طلاقا. وبالجملة فالمعوّل عليه عندهم فى هذه المسئلة هو الطريق الذى يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم، وذلك أن معنى العود لا يخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الإمساك نفسه أو إرادة الوطء، ولا يكون تكرار اللفظ، لأن ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون إرادة الإمساك للوطء، فإن الإمساك موجود بعد، فقد بقى أن يكون إرادة الوطء، وإن كان إرادة الإمساك للوطء فقد أراد الوطء، فثبت أن العود هو الوطء. ومعتمد الشافعية فى إجرائهم إرادة الإمساك، أو الإمساك مجرى إرادة الوطء أن الإمساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبها بالشيء، وجعلوا حكمهما واحدا، وهو قريب من الرواية الثالثة، ... كما استدلت الشافعية على أن إرادة الإمساك هو السبب فى وجوب

الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الإمساك ، وذلك إذا طلق أثر الظهار . ولهذا احتاط مالك فى الرواية الثانية ، فجعل العود هو إرادة الأمرين جميعا : أعنى الوطء والإمساك ؛ وإما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص ، والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين : أى كما أن كفارة اليمين إنما تجب بالحنث كذلك الأمر ههنا ، وهو قياس شبه عارضه النص . وأما داود فإنه تعلق بظاهر اللفظ فى قوله تعالى ـ ثم يعودون لما قالوا ـ وذلك يقتضى الرجوع إلى القول نفسه . وعند أبى حنيفة أنه العود فى الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية : وعند مالك والشافعى أن المعنى فى الآية : ثم يعودون فيما قالوا . وسبب الخلاف بالجملة إنما هو مخالفة الظاهر للمفهوم ؛ فمن اعتمد المفهوم جعل العودة إرادة الوطء أو الإمساك ، وتأول معنى اللام فى قوله تعالى ـ ثم يعودون لما قالوا ـ بمعنى الفاء ؛ وأما من اعتمد الظاهر فإنه جعل العودة تكرير اللفظ ، وأن العودة الثانية إنما هى ثانية للأولى التى كانت منهم فى الجاهلية . ومن تأول أحد هذين ، فالأشبه له أن يعتقد أن بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد ، إلا أن يقدّر فى الآية محذوفا وهو إرادة الإمساك ، فهنا إذًا ثلاثة مذاهب : إما أن تكون العودة هى تكرار اللفظ ، وإما أن تكون إرادة الإمساك ، وإما أن تكون العودة التى هى فى الإسلام ، وهذان ينقسمان قسمين : أعنى الأول والثالث . أحدهما أن يقدر فى الآية محذوفا ، وهو إرادة الإمساك فيشترط هذه الإرادة فى وجوب الكفارة ، وإما ألا يقدر فيها محذوفا فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهو : هل إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا؟ فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إلا أن يطلق بعد إرادة العودة أو بعد الإمساك بزمان طويل على ما يراه الشافعى . وحكى عن عثمان البتى أن عليه الكفارة بعد الطلاق ، وأنها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلى ميراثها إلا بعد الكفارة ، وهذا شذوذ مخالف للنص ، والله أعلم .

الفصل الثالث فيمن يصح فيه الظهار

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى فى العصمة ، واختلفوا فى الظهار من الأمة ومن التى فى غير العصمة ، وكذلك اختلفوا فى ظهار المرأة من الرجل .

فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثورى وجماعة : الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة ، وكذلك المدبَّرة وأم الولد ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : لاظهار من أمة ؛ وقال الأوزاعى : إن كان يطأ أمته فهو منها مظاهر ، وإن لم يطأها فهى يمين وفيها كفارة يمين ؛ وقال عطاء : هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة . فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى ـ والذين يظاهرون من نسائهم ـ والإماء من النساء . وحجة من لم يجعله ظهارا أنهم قد أجمعوا أن النساء فى قوله تعالى ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ هن ذوات الأزواج ، فكذلك اسم النساء فى آية الظهار ، فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم : أعنى تشبيه الظهار بالإيلاء وعموم لفظ النساء ، أعنى أن عموم اللفظ يقتضى دخول الإماء فى الظهار وتشبيهه بالإيلاء يقتضى خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها فى العصمة أم لا ؟ فذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه ، وأن من عين امرأة مَّا بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرًا منها ، وكذلك إن لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهى منى كظهر أمى ، وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك فى الظهار قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى ؛ وقال قائلون : لايلزم الظهار إلا فيما يملك الرجل ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور وداود ؛ وفرق قوم فقالوا : إن أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهى منى كظهر أمى ، فإن قيد لزمه وهو أن يقول : إن تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة ، وقائل هذا القول هو ابن أبى ليلى والحسن بن حيى . ودليل الفريق الأول قوله تعالى ـ أوفُوا بالعُقُودِ ـ ولأنه عقد على شرط الملك فأشبه إذا ملك ، والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعى فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لاطَلاقَ إلاَّ فِيما يَمْلِكُ ولا عِتْقَ إلاَّ فِيما يَمْلِكُ ، ولا بَيْعَ إلا فِيما يَمْلِكُ ، ولا وَفاءَ بِنَذْرٍ إلاَّ فِيما يَمْلِكُ » خرجه أبو داود والترمذى والظهار شبيه بالطلاق ، وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين ، فإنهم رأوا أن التعميم فى الظهار من باب الحرج ، وقد قال الله

تعالى ـ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ـ . واختلفوا أيضا من هذا الباب فى هل تظاهر المرأة من الرجل ؟ فعن العلماء فى ثلاثة أقوال : أشهرها أنه لايكون منها ظهار ، وهو قول مالك والشافعى . والثانى أن عليها كفارة يمين . والثالث أن عليها كفارة الظهار . ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ، ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيهها للظهار باليمين ؛ ومن فرق فلأنه رأى أن أقل اللازم لها فى ذلك المعنى هوكفارة يمين وهو ضعيف . وسبب الخلاف تعارض الأشباه فى هذا المعنى .

الفصل الرابع فيما يحرم على المظاهر

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء ، واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء فى غير الفرج ونظر اللذة ، فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه إنما كره النظر للفرج فقط ؛ وقال الشافعى : إنما يحرم الظهار الوطء فى الفرج فقط المجمع عليه لاما عدا ذلك ، وبه قال الثورى وأحمد وجماعة . ودليل مالك قوله تعالى ـ من قبل أن يتماسا ـ وظاهر لفظ التماس يقتضى المباشرة فما فوقها ، ولأنه أيضا لفظ حرمت به عليه فأشبه لفظ الطلاق ، ودليل قول الشافعى أن المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه ، وإذا دلت على الجماع لم تدل على مافوق الجماع ، لأنها إما أن تدل على ما فوق الجماع ، وإما أن تدل على الجماع ، وهى الدلالة المجازية ، لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية ، إذ لايدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا . قلت : الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لايبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا : أعنى الحقيقة والمجاز ، وإن كان لم تجر به عادة للعرب ، ولذلك القول به فى غاية من الضعف ، ولو علم أن للشرع فيه تصرفا لجاز ، وأيضا فإن الظهار مشبه عندهم بالإيلاء ، فوجب أن يختص عندهم بالفرج .

الفصل الخامس هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق : أعنى إذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليها الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف. قال مالك : إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها فى العدة أو بعدها فعليه الكفارة ، وقال الشافعى : إن راجعها فى العدة فعليه الكفارة ، وإن راجعها فى غير العدة فلا كفارة عليه ؛ وعنه قول آخر مثل قول مالك . وقال محمد بن الحسن : الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة ، وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ؟ . وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها ، أو لايهدمها ؟ فنهم من رأى أن البائن الذى هو الثلاث يهدم ، وأن ما دون الثلاث لايهدم ؛ ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم ، وأحسب أن من الظاهرية من يرى أنه كله هادم .

الفصل السادس فى دخول الإيلاء عليه

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارا ، وذلك بأن لايكفر مع قدرته على الكفارة ؟ فإن فيه أيضا اختلافا ، فأبو حنيفة والشافعى يقولان: لايتداخل الحكمان لأن حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء ، وسواء كان عندهم مضارا أو لم يكن، وبه قال الأوزاعى وأحمد وجماعة . وقال مالك : يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا. وقال الثورى : يدخل الإيلاء على الظهار ، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ، ففيه ثلاثة أقوال : قول إنه يدخل بإطلاق ، وقول إنه لايدخل بإطلاق ، وقول إنه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها . وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر ؛ فمن اعتبر الظاهر قال : لايتداخلان ؛ ومن اعتبر المعنى قال : يتداخلان إذا كان القصد الضرر .

الفصل السابع فى أحكام كفارة الظهار

والنظر فى كفارة الظهار فى أشياء منها فى عدد أنواع الكفارة وترتيبها ، وشروط نوع منها : أعنى الشروط المصححة ، ومتى تجب كفارة واحدة ؟ ومتى تجب أكثر من واحدة . فأما أنواعها فإنهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع : إعتاق رقبة : أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينا ، وأنها على الترتيب . فالإعتاق أولا ، فإن لم يكن فالصيام ، فإن لم يكن فالإطعام ، هذا فى الحر . واختلفوا فى العبد يكفر بالعتق أو بالإطعام بعد اتفاقهم أن الذى يبدأ به الصيام أعنى إذا عجز عن الصيام ، فأجاز للعبد العتق إن أذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء . . وأما الإطعام فأجازه له مالك إن أطعم بإذن سيده ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى ، ومبنى الخلاف فى هذه المسئلة هل يملك العبد أو لا يملك ؟ . وأما اختلافهم فى الشروط المصححة : فمنها اختلافهم إذا وطئ فى صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : يستأنف الصيام ، إلا أن أبا حنيفة شرط فى ذلك العمد، ولم يفرق مالك بين العمد فى ذلك والنسيان ؛ وقال الشافعى : لا يستأنف على حال ؛ وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذى ورد فى كفارة الظهار : أعنى أن تكون قبل المسيس ؛ فمن اعتبر هذا الشرط قال : يستأنف الصوم ؛ ومن شبهه بكفارة اليمين قال : لا يستأنف ، لأن الكفارة فى اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق . ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا ؟ فذهب مالك والشافعى إلى أن ذلك شرط فى الإجزاء ؛ وقال أبو حنيفة : يجزى فى ذلك رقبة الكافر ، ولا يجزى عندهم إعتاق الوثنية والمرتدة . دليل الفريق الأول أنه إعتاق على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة أصله الإعتاق فى كفارة القتل ؛ وربما قالوا إن هذا ليس من باب القياس ، وإنما هو من باب حمل المطلق على المقيد ، وذلك أنه قيد الرقبة بالإيمان فى كفارة القتل وأطلقها فى كفارة الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيد ، وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف ، والحنفية لا يجيزونه ، وذلك أن الأسباب فى القضيتين مختلفة . وأما حجة أبى حنيفة فهو ظاهر العموم ، ولا معارضة عنده بين

المطلق والمقيد ، فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه . ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ؟ ثم إن كانت سليمة فن أى العيوب تشترط سلامتها ؟ فالذى عليه الجمهور أن للعيوب تأثيرًا فى منع إجزاء العتق ؛ وذهب قوم إلى أنه ليس لها تأثير فى ذلك . وحجة الجمهور تشبيهها بالأضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها . وحجة الفريق الثانى إطلاق اللفظ فى الآية. فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه . والذين قالوا إن للعيوب تأثيرًا فى منع الإجزاء اختلفوا فى عيب عيب مما يعتبر فى الإجزاء أوعدمه . أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم فى أنه مانع للإجزاء ، واختلفوا فيما دون ذلك ؛ فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة ؟ أجازه أبو حنيفة ، ومنعه مالك والشافعى . وأما الأعور فقال مالك : لايجزى ، وقال عبدالملك : يجزى . وأما قطع الأذنين فقال مالك : لايجزى ، وقال أصحاب الشافعى : يجزى . وأما الأصم فاختلف فيه فى مذهب مالك ، فقيل يجزى ، وقيل لايجزى . وأما الأخرس فلا يجزى عند مالك، وعن الشافعى فى ذلك قولان . أما المجنون فلا يجزى . أما الخصى فقال ابن القاسم : لايعجبنى الخصى ، وقال غيره : لايجزى ، وقال الشافعى : يجزى . وإعتاق الصغير جائز فى قول عامة فقهاء الأمصار ، وحكى عن بعض المتقدمين منعه . والعرج الخفيف فى المذهب يجزى ، أما البين العرج فلا . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قدر النقص المؤثر فى القربة ، وليس له أصل فى الشرع إلا الضحايا . وكذلك لايجزى فى المذهب ما فيه شركة أوطرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى - فتحرير رقبة - .والتحرير هو ابتداء الإعتاق ، وإذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزا لاإعتاقا ، وكذلك الشركة لأنه بعض الرقبة ليس برقبة . وقال أبو حنيفة : إن كان المكاتب أدى شيئا من مال الكتابة لم يجز ، وإن كان لم يؤد جاز. واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره ؟ فقال مالك : لايجزيه تشبيها بالكتابة لأنه عقد ليس له حله ؛ وقال الشافعى: يجزيه ؛ ولا يجزى عند مالك إعتاق أم ولده ولا المعتق إلى أجل مسمى. أما عتق أم الولد فلأن عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير ، بدليل أنهما قد يطرأ عليهما الفسخ . أما فى الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم . وأما فى التدبير فإذا ضاق عنه الثلث . وأما العتق

إلى أجل فإنه عقد عتق لاسبيل إلى حله . واختلف مالك والشافعى مع أبى حنيفة فى إجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعى : لايجزى عنه وقال أبو حنيفة : إذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ . فأبو حنيفة شبهه بالرقبة التى لايجب عتقها ، وذلك أن كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق ، فإذا نوى بذلك التكفير جاز ؛ والمالكية والشافعية رأت أنه إذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد إلى إعتاقه فلا يجزيه ، فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق ، وهؤلاء قالوا : لابد أن يكون قاصدا للعتق نفسه ، فكلاهما يسمى معتقا باختياره ، ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول ، والآخر معتق بلازم الاختيار ، فكأنه معتق على القصد الثانى ومشتر على القصد الأول ، والآخر بالعكس . واختلف مالك والشافعى فيمن أعتق نصفى عبدين ، فقال مالك : لايجوز ذلك ، وقال الشافعى : يجوز لأنه فى معنى الواحد ، ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ ، فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . وأما شروط الإطعام فإنهم اختلفوا من ذلك فى القدر الذى يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص ، فعن مالك فى ذلك روايتان أشهرهما أن ذلك مد بمد هشام لكل واحد، وذلك مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد قيل هو أقل ، وقد قيل هو مد وثلث . وأما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبى صلى الله عليه وسلم ، وبه قال الشافعى . فوجه الرواية الأولى اعتبار الشبع غالبا : أعنى الغداء والعشاء ، ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين . فهذا هو اختلافهم فى شروط الصحة فى الواجبات فى هذه الكفارة . وأما اختلافهم فى مواضع تعددها ومواضع اتحادها ، فمنها إذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى فى ذلك كفارة واحدة ، أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة ؟ فعند مالك أنه يجزى فى ذلك كفارة واحدة ، وعند الشافعى وأبى حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن إن اثنتين فاثنتين ، وإن ثلاثا فثلاثا ، وإن أكثر فأكثر ؛ فمن شبهه بالطلاق أوجب فى كل واحدة كفارة ؛ ومن شبهه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة ، وهو بالإيلاء أشبه . ومنها إذا ظاهر من امرأته فى مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة ، أو على عدد المواضع التى ظاهر

فيها ؟ فقال مالك : ليس عليه إلا كفارة واحدة ، إلا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية ، وبه قال الأوزاعى وأحمد وإسحاق ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : لكل ظهار كفارة . وأما إذا كان ذلك فى مجلس واحد فلا خلاف عند مالك أن فى ذلك كفارة واحدة وعند أبى حنيفة أن ذلك راجع إلى نيته ، فإن قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة ، وإن أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار . وقال يحيى بن سعيد : تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان فى مجلس واحد أو فى مجالس شتى . والسبب فى هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذى يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة فى وقت واحد ، والمتعدد بلا خلاف هو الذى يكون بلفظين من امرأتين فى وقتين ، فإن كرر اللفظ من امرأة واحدة ، فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ، أم لا يوجب ذلك فيه تعددا ؟ وكذلك إن كان اللفظ واحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة ؟ وذلك أن هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين ؛ فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ؛ ومن غلب عليه شبه الطرف الثانى أوجب له حكمه . ومنها إذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا ؟ فأكثر فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى والأوزاعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والطبرى وأبو عبيد أن فى ذلك كفارة واحدة ، والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضى « أنه ظاهر من امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا » وقال قوم : عليه كفارتان : كفارة العزم على الوطء ، وكفارة الوطء ، لأنه وطئ وطأ محرما ، وهو مروى عن عمرو ابن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب ؛ وقد قيل : إنه لا يلزمه شيء لا عن العود ولا عن الوطء ، لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس ، فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر مجدد ، وذلك معدوم فى مسئلتنا وفيه شذوذ . وقال أبو محمد بن حزم : من كان فرضه الإطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الإطعام ، وإنما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

كتاب اللعـان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه : الفصل الأول : فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها . الفصل الثانى : فى صفات المتلاعنين . الثالث : فى صفة اللعان . الرابع : فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه . الخامس : فى الأحكام اللازمة لتمام اللعان . فأما الأصل فى وجوب اللعان ، أما من الكتاب فقوله تعالى ـ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ ـ الآية . وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلانى « إذ جاء إلى عاصم بن عدى العجلانى رجل من قومه فقال له : يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلوه ؟ أم كيف يفعل ؟ سل ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال لم تأتنى بخير ، قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التى سألت عنها ، فقال : والله لاأنتهى حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال : يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلوه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد نَزَلَ فِيكَ وَفِى صَاحِبَتِكَ قُرْآنٌ فاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا ، قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم » قال مالك : قال ابن شهاب : فلم تزل تلك سنة المتلاعنين . وأيضا من جهة المعنى لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده وتلك الطريق هى اللعان ، فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع ، إذ لاخلاف فى ذلك أعلمه ، فهذا هو القول فى إثبات حكمه .

الفصل الأول فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها

وأما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى أولا صورتان : إحداهما دعوى الزنى ، والثانية نفى الحمل . ودعوى الزنى لايخلو أن تكون مشاهدة : أعنى أن يدعى أنه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنى ، أو تكون دعوى مطلقة. وإذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا ، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها ، فهذه أربعة أحوال بسائط ، وسائر الدعاوى تتركب عن هذه ، مثل أن يرميها بالزنى وينفى الحمل ، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنى . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا إذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه ، قالت المالكية : إذا زعم أنه لم يطأها بعد ؛ وأما وجوب اللعان بمجرد القذف ، فالجمهور على جوازه الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وداود وغيرهم . وأما المشهور عن مالك ، فإنه لايجوز اللعان عنده بمجرد القذف ، وقد قال ابن القاسم أيضا إنه يجوز ، وهى أيضا رواية عن مالك . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ـ الآية . ولم يخص فى الزنى صفة دون صفة ، كما قال فى إيجاب حد القذف . وحجة مالك ظواهر الأحاديث الواردة فى ذلك ، منها قوله فى حديث سعد « أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا » وحديث ابن عباس ، وفيه « فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : والله يارسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه ، فنزلت ـ والذين يرمون أزواجهم ـ الآية » وأيضا فإن الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة . وفى هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك ، وهو إذا ظهر بها حمل بعد اللعان ، فعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما سقوط الحمل عنه ، والأخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب أن من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنى أن تكون فى العصمة . واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنى ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا ؟ فقال مالك والشافعى والأوزاعى وجماعة : بينهما لعان ؛ وقال أبو حنيفة : لالعان بينهما إلا أن ينفى ولدا ولا حد ؛ وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . وأما إن نفى الحمل فإنه كما قلنا على وجهين : أحدهما أن يدعى أنه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء ، وهذا ما لاخلاف فيه ؛

واختلف قول مالك فى الاستبراء ، فقال مرة : ثلاث حيض ، وقال مرة : حيضة . وأما نفيه مطلقا ، فالمشهور عن مالك أنه لايجب بذلك لعان ، وخالفه فى هذا الشافعى وأحمد وداود ، وقالوا : لامعنى لهذا لأن المرأة قد تحمل مع رؤية الدم ؛ وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعى أنه لايجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف . واختلفوا من هذا الباب فى فرع ، وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور : ينفيه وهى حامل ، وشرط مالك أنه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان ؛ وقال الشافعى : إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة ؛ وقال أبو حنيفة : لاينفى الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وأنس وسهل بن سعد « أن النبى عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال : إنْ جاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كَذَا فما أَرَاهُ إلاَّ قَدْ صَدَقَ عَلَيْها » قالوا : وهذا يدل على أنها كانت حاملا فى وقت اللعان . وحجة أبى حنيفة أن الحمل قد ينفش ويضمحل ، فلا وجه للعان إلا على يقين . ومن حجة الجمهور أن الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاما كثيرة : كالنفقة والعدة ومنع الوطء ، فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك ، وعند أبى حنيفة أنه يلاعن وإن لم ينف الحمل إلا وقت الولادة ، وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت فى ذلك وقتا ، ووقتا صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا : له أن ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة ؛ والذين أوجبوا اللعان فى وقت الحمل اتفقوا على أن له نفيه فى وقت العصمة ، واختلفوا فى نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك فى جميع المدة التى يلحق الولد فيها بالفراش ، وذلك هو أقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين ، وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق إذا لم يزل منكرا له ، وبقريب من هذا المعنى قال الشافعى وقال قوم : ليس له أن ينفى الحمل إلا فى العدة فقط ، وإن نفاه فى غير العدة حد وألحق به الولد ، فالحكم يجب به عند الجمهور إلى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم فى ذلك ؛ فإن الظاهرية ترى أن أقصر مدة الحمل التى يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك ، وهى التسعة أشهر وما قاربها ، ولا اختلاف بينهم

أنه يجب الحكم به فى مدة العصمة ، فما زاد على أقصر مدة الحمل وهى الستة أشهر : أعنى أن يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو إمكانه، لامن وقت العقد ، وشذ أبو حنيفة : فقال من وقت العقد ، وإن علم أن الدخول غير ممكن حتى أنه إن تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يلحق به إلا أن ينفيه بلعان ، وهو فى هذه المسئلة ظاهرىّ محض ، لأنه إنما اعتمد فى ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الوَلَدُ للفِرَاشِ » وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد ، فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معللة ، وهذا شيء ضعيف . واختلف قول مالك من هذا الباب فى فرع ، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت واعترف بالحمل فعنه فى ذلك ثلاث روايات : إحداها أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن . والثانية أنه يلاعن وينفى الولد . والثالثة أنه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه . وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنى؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب فى فرع ، وهو إذا أقام الشهود على الزنى هل له أن يلاعن أم لا؟ فقال أبو حنيفة وداود : لا يلاعن ، لأن اللعان إنما جعل عوض الشهود لقوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ـ الآية . وقال مالك والشافعى : يلاعن ، لأن الشهود لا تأثير لهم فى دفع الفراش .

الفصل الثانى فى صفات المتلاعنين

وأما صفة المتلاعنين ، فإن قوما قالوا : يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين ، أو أحدهما حر والآخر عبد ، محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما ، مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا إلينا ، وممن قال بهذا القول مالك والشافعى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين . وبالجملة فاللعان عندهم إنما يجوز لمن كان من أهل الشهادة . وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ـ ولم يشترط فى ذلك شرطا . ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة ، فيشترط فيها ما يشترط

فى الشهادة ، إذ قد سماهم الله شهداء لقوله ـ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ ـ ويقولون إنه لايكون لعان إلا بين من يجب عليه الحد فى القذف الواقع بينهما . وقد اتفقوا على أن العبد لايحد بقذفه ، وكذلك الكافر ، فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب فى قذفه الحد ، إذ كان اللعان إنما وضع لدرء الحد مع نفى النسب ، وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لَا لِعَانَ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ : العَبْدَيْنِ ، والكافِرَيْنِ » والجمهور يرون أنه يمين وإن كان يسمى شهادة ، فإن أحدا لايشهد لنفسه ، وأما أن الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بيّن فى قوله تعالى ـ إِذَا جَاءَكَ المُنَافِقُونَ قَالُوا ـ الآية ، ثم قال ـ ـ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً ـ وأجمعوا على جواز لعان الأعمى ، واختلفوا فى الأخرس ، فقال مالك والشافعى يلاعن الأخرس إذا فهم عنه ، وقال أبوحنيفة : لايلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة ، وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

الفصل الثالث فى صفة اللعان

فأما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء ، وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف ، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية ، فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزنى وأن ذلك الحمل ليس منى ، ويقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد هى أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب ، هذا كالمتفق عليه . واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ، ومكان الغضب اللعنة ، ومكان أشهد أقسم ، ومكان قوله بالله غيره من أسمائه ؟ والجمهور على أنه لايجوز من ذلك إلا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصله عدد الشهادات ، وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

الفصل الرابع فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه

فأما إذا نكل الزوج فقال الجمهور : إنه يحد ، وقال أبوحنيفة : إنه لايحد ويحبس . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية ،

وهذا عام فى الأجنبى والزوج ، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود ، فوجب إذا كل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود : أعنى أنه يحد ، وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره فى قصة العجلانى من قوله عليه الصلاة والسلام « إنْ قَتَلْتُ قُتِلْتُ ، وإنْ نَطَقْتُ جُلِدْتُ ، وإنْ سَكَتُّ سَكَتُّ عَلَى غَيْظٍ » . واحتج الفريق الثانى بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لإيجابه زيادة فى النص ، والزيادة عندهم نسخ ، والنسخ لايجوز بالقياس ولا بأخبار الآحاد ، قالوا : وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير فى إسقاطه ، لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبى ، فكذلك الزوج ، والحق أن الالتعان يمين مخصوصة ، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص ، وقد نص على المرأة أن اليمين يدرأ عنها العذاب ، فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرئ عنها باليمين ، وللاشتراك الذى فى اسم العذاب اختلفوا أيضا فى الواجب عليها إذا نكلت ، فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور : إنها تحد وحدها الرجم إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الإحصان ، وإن لم يكن دخل بها فالجلد . وقال أبو حنيفة إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن ، وحجته قوله عليه الصلاة والسلام « لايَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بإحْدَى ثَلاثٍ : زِنًى بَعْدَ إحْصَانٍ ، أوْ كُفْرٌ بَعْدَ إيمَانٍ ، أوْ قَتْلُ نَفْسٍ بِغَيْرِ نَفْسٍ » وأيضا فإن سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول ، فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لايوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لايجب بذلك سفك الدماء . وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها فى الشرع على أنها لاتراق إلا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ، ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك . فأبو حنيفة فى هذه المسئلة أولى بالصواب إن شاء الله . وقد اعترف أبو المعالى فى كتابه البرهان بقوة أبى حنيفة فى هذه المسئلة وهو شافعى . واتفقوا على أنه إذا أكذب نفسه حد وألحق به الولد إن كان نفى ولدا . واختلفوا هل له أن يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على أن الفرقة تجب باللعان ، إما بنفسه وإما بحكم حاكم على ما نقوله بعد ؛ فقال مالك والشافعى والثورى وداود وأحمد وجمهور فقهاء الأمصار إنهما لايجتمعان أبدا وإن أكذب نفسه ؛ وقال أبو حنيفة وجماعة :

إذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب ؛ وقد قال قوم : ترد إليه امرأته . وحجة الفريق الأول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا سبيل لك عليها » ولم يستثن فأطلق التحريم . وحجة الفريق الثانى أنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، وذلك أن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب ، فإذا انكشف ارتفع التحريم .

الفصل الخامس فى الأحكام اللازمة لتمام اللعان

فأما موجبات اللعان ، فإن العلماء اختلفوا من ذلك فى مسائل : منها هل تجب الفرقة أم لا؟ وإن وجبت فتى تجب ؟ وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم ؟ وإذا وقعت فهل هى طلاق أو فسخ ؟ فذهب الجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك فى أحاديث اللعان « من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما » وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه : فكانت تلك سنة المتلاعنين ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « لاسبيل لك عليها » وقال عثمان البتى وطائفة من أهل البصرة : لايعقب اللعان فرقة ، واحتجوا بأن ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ، ولا هو صريح فى الأحاديث ، لأن فى الحديث المشهور أنه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه . وأيضا فإن اللعان إنما شرع لدرء حد القذف ، فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة . وحجة الجمهور أنه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لايجتمعا بعدها أبدا ، وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ، ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة . وبالجملة فالقبح الذى بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث : وجماعة إنها تقع إذا فرغا جميعا من اللعان . وقال الشافعى : إذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة . وقال أبو حنيفة : لاتقع إلا بحكم حاكم ، وبه قال الثورى وأحمد . وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال « فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال : حسابكما على الله ، أحدكما كاذب لاسبيل لك عليها » وما روى أنه لم يفرق بينهما إلا بعد تمام اللعان . وحجة

الشافعى أن لعانها إنما تدرء به الحد عن نفسها فقط ، ولعان الرجل هو المؤثر فى نفى النسب ، فوجب إن كان للعان تأثير فى الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق . وحجتهما جميعا على أبى حنيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما ، فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال « لاسبيل لك عليها » فرأى أن حكمه شرط فى وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط فى صحة اللعان . وسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة ، وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا فى الحديث المشهور ، لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة ، والأصل أن لافرقة إلا بطلاق ، وأنه ليس فى الشرع تحريم يتأبد : أعنى متفقا عليه ، فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة [1] قال بإيجابها . وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التى يشترط فى صحتها حكم الحاكم أو التى لايشترط ذلك فيها . وأما المسئلة الرابعة ، وهى إذا قلنا إن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق ، فإن القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى : هو فسخ ، وقال أبو حنيفة : هو طلاق بائن . وحجة مالك تأبيد التحريم به فأشبه ذات المحرم .

وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياسا على فرقة العنين إذ كانت عنده بحكم حاكم .

كتاب الإحداد

أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات فى عدة الوفاة إلا الحسن وحده . واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة ، وفيما تمتنع الحادة منه مما لاتمتنع ، فقال مالك : الإحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الأمة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا إحداد عليها عنده ، وبه قال فقهاء الأمصار ،

(١) هكذا الأصول ، ولعل فيه سقطا هكذا : ومن قال بالمفهوم قال بإيجابها ، تأمل اه مصححه .

وخالف قول مالك المشهور فى الكتابية ابن نافع وأشهب ، ورروياه عن مالك ، وبه قال الشافعى : أعنى أنه لاإحداد على الكتابية ؛ وقال أبو حنيفة : ليس على الصغيرة ولا على الكتابية إحداد ؛ وقال قوم : ليس على الأمة المزوجة إحداد ، وقد حكى ذلك عن أبى حنيفة ، فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه إحداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه إحداد . وأما اختلافهم من قبل العدد فإن مالكا قال : لاإحداد إلا فى عدة الوفاة . وقال أبو حنيفة والثورى الإحداد فى العدة من الطلاق البائن واجب ؛ وأما الشافعى فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لاتمتنع عنه ، فإنها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية للرجال إلى النساء ، وذلك كالحلى والكحل إلا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد ، فإنه لم يكره مالك لها لبس السواد ، ورخص كلهم فى الكحل عند الضرورة ، فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة ، وبعضهم لم يشترطه ، وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار . وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة ، وذلك الرما يحرك جال بالجملة إليهن . وإنما صار الجمهور لإيجاب الإحداد فى الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فمنها حديث أم سلمة زوجُ النبى عليه الصلاة والسلام « أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابنتى توفى عنها زوجها ، وقد اشتكت عينيها أفتكتحلهما ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، مرتين أو ثلاثا ، كل ذلك يقول لها لا ، ثم قال : إنمَّا هِيَ أرْبَعَةُ أشْهُرٍ وَعَشْرٌ وَقَدْ كانَتْ إحْدَاكُنَّ تَرْمِى بالبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الحَوْلِ » وقال أبو محمد : فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الإحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ، ثم قالت : والله مالى به من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يَحِلُّ لامْرأةٍ مُؤْمِنَةٍ تُؤْمِنُ باللهِ واليَوْمِ الآخِرِ أنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثِ لَيَالٍ ، إلاَّ عَلَى زَوْجٍ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وَعَشْرًا » فليس فيه حجة ، لأنه استثناء من حظر فهو يقتضى الإباحة دون الإيجاب . وكذلك حديث زينب بنت جحش .

قال القاضى : وفى الأمر إذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين : أعنى هل

يقتضى الوجوب أو الإباحة . وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة أن من رأى أن الإحداد عبادة لم يُلزِمه الكافرة؛ ومن رأى أنه معنى معقول ، وهو تشوف الرجال إليها وهى إلى الرجال ، سوّى بين الكافرة والمسلمة ؛ ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرّق بين الصغيرة والكبيرة إذا كانت الصغيرة لايتشوف الرجال إليها . ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج » قال : وشرطه الإيمان فى الإحداد يقتضى أنه عبادة . وأما من فرق بين الأمة والحرة وكذلك الكتابية ، فلأنه زعم أن عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق : أحدهما الإحداد، والثانى ترك الخروج ، فلما سقط ترك الخروج عن الأمة بتبذلها والحاجة إلى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم فى المكاتبة فمن قبل ترددها بين الحرة والأمة . وأما الأمة بملك اليمين وأم الولد ، فإنما صار الجمهور إلى إسقاط الإحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام« لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج » فعلم بدليل الخطاب أن من عدا ذات الزوج لايجب عليها إحداد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ، ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى ، وذلك أنه يظهر من معنى الإحداد أن المقصود به أن لاتتشوف إليها الرجال فى العدة ولا تتشوف هى إليهم ، وذلك سدا للذريعة لمكان حفظ الأنساب ، والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه، والشكر على نعمه؛ ويتلوه كتاب البيوع إن شاء الله تعالى

كتاب البيوع

الكلام فى البيوع ينحصر فى خمس جمل : فى معرفة أنواعها . وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها . وفى معرفة شروط الفساد . وفى معرفة أحكام البيوع الصحيحة. وفى معرفة أحكام البيوع الفاسدة . فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ، ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى واحد واحد منها ؛ وأحكام بيوع الصحة ، وأحكام البيوع الفاسدة . ولما كانت أسباب الفساد والصحة فى البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أو لأكثرها ومنها خاصة ، وكذلك الأمر فى أحكام

الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى أن نذكر المشترك من هذه الأصناف الأربعة : أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ، ثم نذكر الخاص من هذه الأربعة بواحد واحد من البيوع ، فينقسم هذا الكتاب باضطرار إلى ستة أجزاء : الجزء الأول : تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة . والثانى : تعرف فيه أسباب الفساد العامة فى البيوع المطلقة أيضا : أعنى فى كلها أو أكثرها إذ كانت أعرف من أسباب الصحة . الثالث : تعرف فيه أسباب الصحة فى البيوع المطلقة أيضا . الرابع : نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة ، أعنى الأحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لأكثرها . الخامس : نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة : أعنى إذا وقعت . السادس : نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

(الجزء الأول) إن كل معاملة وجدت بين اثنين ، فلا يخلو أن تكون عينا بعين ، أو عينا بشىء فى الذمة ، أو ذمة بذمة ، وكل واحد من هذه الثلاث إما نسيئة وإما ناجز ، وكل واحد من هذه أيضا إما ناجز من الطرفين وإما نسيئة من الطرفين ، وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر ، فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لا فى العين ولا فى الذمة ، لأنه الدين بالدين المنهى عنه . وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ، ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة ، وذلك أنها إذا كانت عينا بعين فلا تخلو أن تكون ثمنا بمثمون أو ثمنا بثمن ، فإن كانت ثمنا بثمن سمى صرفا ، وإن كانت ثمنا بمثمون سمى بيعا مطلقا وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد ، وإن كان عينا بذمة سمى سلما ، وإن كان على الخيار سمى بيع خيار ، وإن كان على المرابحة سمى بيع مرابحة ، وإن كان على المزايدة سمى بيع مزايدة .

(الجزء الثانى) وإذا اعتبرت الأسباب التى من قبلها ورد النهى الشرعى فى البيوع ، وهى أسباب الفساد العامة وجدت أربعة : أحدها تحريم عين المبيع . والثانى الربا . والثالث الغرر . والرابع الشروط التى تئول إلى أحد هذين أو لمجموعهما . وهذه الأربعة هى بالحقيقة أصول الفساد ، وذلك أن النهى إنما

تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا لأمر من خارج . وأما التى ورد النهى فيها لأسباب من خارج ؛ فمنها الغش ؛ ومنها الضرر ؛ ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه؛ ومنها لأنها محرمة البيع . فى هذا الجزء أبواب :

الباب الأول فى الأعيان المحرمة البيع

وهذه على ضربين : نجاسات ، وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالأصل فى تحريمها حديث جابر ، ثبت فى الصحيحين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَا بَيْعَ الخَمْرِ والمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأصْنَامِ » ، فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويستصبح بها ؟ فقال : لَعَنَ اللهُ اليَهُودَ حُرِّمَتِ الشُّحُومُ عَلَيْهِمْ فَبَاعُوهَا وأكَلُوا أثْمَانَهَا » وقال فى الخمر « إنَّ الَّذِى حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا » والنجاسات على ضربين : ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وأنها نجسة ، إلا خلافا شاذا فى الخمر : أعنى فى كونها نجسة ، والميتة بجميع أجزائها التى تقبل الحياة ، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التى تقبل الحياة . واختلف فى الانتفاع بشعره ؛ فأجازه ابن القاسم ومنه أصبغ . وأما القسم الثانى وهى النجاسات التى تدعو الضرورة إلى استعمالها كالرجيع والزبل الذى يتخذ فى البساتين ، فاختلف فى بيعها فى المذهب فقيل بمنعها مطلقا ، وقيل بإجازتها مطلقا، وقيل بالفرق بين العذرة والزبل : أعنى إباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا ؟ فمن رأى أنه ناب جعله ميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن ، والخلاف فيه فى المذهب . وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف فى نجاسته ، فمنها الكلب والسنور . أما الكلب فاختلفوا فى بيعه ، فقال الشافعى : لا يجوز بيع الكلب أصلا . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون فى اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه ، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه . فأما من أراده للأكل فاختلفوا فيه ، فمن أجاز أكله أجاز بيعه ، ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه . واختلفوا أيضا فى المأذون فى اتخاذه ، فقيل هو حرام ،

وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيئان : أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم . والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير ، وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجاز فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل، فجاز بيعه كالأشياء الطاهرة العين، وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين ، وفي كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال . ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به ، إلا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ، ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ، ولكن الجمهور على إباحته لأنه طاهر العين مباح المنافع . فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله ، فقال مالك : لا يجوز بيع الزيت النجس ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز إذا بين، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم « أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول : إنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حرَّمَا الخَمْرَ والمَيْتَةَ والخِنْزِيرَ » . وعمدة من أجازه :أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ، ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى المحرمة ، فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الأكل على الإباحة : أعني أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا جاز ، ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به ، وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه ، وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه ، وهذا كله ضعيف ، وقد قيل إن في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل : أعني لتحريم البيع . واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين : أحدهما جواز ذلك ، والآخر منعه ، وهما مبنيان على أن الزيت إذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين

أو نجاسة مجاورة ؟ فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عند الغسل والطبخ ، ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عند الطبخ والغسل .

ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع لبن الآدمية إذا حلب ، فمالك والشافعى يجوّزانه ، وأبو حنيفة لايجوزه . وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيح شربه فأبيح بيعه قياسا على لبن سائر الأنعام ، وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه ، وأنه فى الأصل محرم ، إذ لحم ابن آدم محرم ، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للحوم ، فقالوا فى قياسهم هكذا الإنسان حيوان لايؤكل لحمه ، فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والأتان فسبب اختلافهم فى هذا الباب تعارض أقيسة الشبه ، وفروع هذا الباب كثيرة ، وإنما نذكر من المسائل فى كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الأصول .

الباب الثانى فى بيوع الربا

واتفق العلماء على أن الربا يوجد فى شيئين : فى البيع ، وفيما تقرر فى الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون : أنظرنى أزدك ، وهذا هو الذى عناه عليه الصلاة والسلام بقوله فى حجة الوداع « ألا وإن ربا الجاهلِيَّةِ مَوضُوعٌ وأوَّلُ ربا أضَعُهُ رِبا العَبَّاسِ بنِ عَبْدِ المُطَّلِبِ ، والثَّانى «ضَعْ وتَعَجَّلْ » وهو مختلف فيه وسنذكره فيما بعد . وأما الربا فى البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان : نسيئة وتفاضل ، إلا ما روى عن ابن عباس من إنكاره الربا فى التفاضل لما رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا رِبا إلاَّ فى النَّسِيئَةِ وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا فى هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم . والكلام فى الربا ينحصر فى أربعة فصول : الفصل الأول : فى معرفة الأشياء التى لايجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النَّساء ، وتبيين علة ذلك . الثانى : معرفة الأشياء التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء . الثالث : فى معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعا . الرابع : فى معرفة ما يعد صنفا واحدا مما لا يعدّ صنفا واحدا .

الفصل الأول

في معرفة الأشياء التي لايجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النَّساء وتبيين علة ذلك

فنقول : أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت ، إلا ما حكي عن ابن عباس ، وحديث عبادة هو قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان . وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث ، أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ رِبا ، إلاَّ هاءَ وهاءَ ، والبُرُّ بالبُرِّ ربا إلاَّ هاءَ وهاءَ والتَّمْرُ بالتَّمْرِ رِباً إلاَّ هاءَ وهاءَ ، والشَّعيرُ بالشَّعيرِ رِباً إلاَّ هاءَ وهاءَ » فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد ، وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه ، وإباحة التفاضل ، وذلك في بعض الروايات الصحيحة ، وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة « وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد والبر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وهذا كله متفق عليه بين الفقهاء إلا البر بالشعير . واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها ، فقال قوم منهم أهل الظاهر : إنما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف الستة فقط ، وأن ما عداها لايمتنع الصنف الواحد منها التفاضل ، وقال هؤلاء أيضا : إن النساء ممتنع في هذه الستة فقط اتفقت الأصناف أو اختلفت ، وهذا أمر متفق عليه : أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الأصناف ، إلا ما حكي عن ابن علية أنه قال : إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ما عدا الذهب والفضة . فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص . وأما الجمهور من فقهاء الأمصار ، فإنهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أريد به العام . واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه

عليه بهذه الأصناف : أعنى فى مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها : فالذى استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أما فى الأربعة ، فالصنف الواحد من المدخر المقتات ، وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون فى الأكثر ، وقال بعض أصحابه : الربا فى الصنف المدخر وإن كان نادرا الادخار . وأما العلة عندهم فى منع التفاضل فى الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضا مع كونهما رءوسا للأثمان وقيما للمتلفات ، وهذه العلة هى التى تعرف عندهم بالقاصرة ، لأنها ليست موجودة عندهم فى غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية فى الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ، ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ، ولذلك يجوز التفاضل عندهم فى المطعومات التى ليست مدخرة : أعنى فى الصنف الواحد منها ، ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل ، فلكونها ليست مدخرة ، وقد قيل إن الادخار شرط فى تحريم التفاضل فى الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة ، وقد قلنا إن الطعم بإطلاق علة لمنع النساء فى المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الأربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم فى الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف ، وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب ، فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ، ووافق الشافعى مالكا فى علة منع التفاضل والنساء فى الذهب والفضة ، أعنى أن كونهما رءوسا للأثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة إذا اختلف الصنف ، فإذا اتفقا منع التفاضل ، والحنفية تعتبر فى المكيل قدرا يتأتى فيه الكيل ، وسيأتى أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها فى كتاب الصرف ، وأما هاهنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء فى علل الربا المطلق فى هذه الأشياء ، وذكر عمدة دليل كل فريق منهم ، فنقول : إن الذين قصروا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين : إما قوم نفوا القياس فى الشرع : أعنى استنباط العلل من الألفاظ وهم الظاهرية ، وإما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا

بالمنطوق به ، فإنما ألحقه بقياس الشبه لابقياس العلة ، إلا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر فى ذلك المالية وقال : علة منع الربا إنما هى حياطة الأموال ، يريد منع الغبن . وأما القاضى أبو بكر الباقلانى فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفا ، وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر فى هذا الموضع قياس المعنى ، إذ لم يتأتَّ له قياس علة ، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة ، لأنه زعم أنه فى معنى التمر ، ولكل واحد من هؤلاء : أعنى من القائسين دليل فى استنباط الشبه الذى اعتبره فى إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة . أما الشافعية فإنهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية : إن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى ـ والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أيْدِيَهُما ـ فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة . قالوا : وإذا كان هذا هكذا ، وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال : كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الطَّعامُ بالطَّعامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ » فمن البين أن الطعم هو الذى علق به الحكم . وأما المالكية فإنها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما فى الموطأ ، وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون ، وتمسكت فى استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الأربعة الأصناف المذكورة ، فلما ذكر منها عددا علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه ، وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار . أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ، ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام ، وأيضا فإنهم قالوا : لما كان معقول المعنى فى الربا إنما هو أن لايغبن بعض الناس بعضا وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعايش وهى الأقوات . وأما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل والموزون أنه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر ، وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث أبى سعيد وغيره « إلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ يَداً بِيَدٍ »

رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف ، وربما احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوىّ على اعتبار الكيل أو الوزن ؛ منها أنهم رووا فى بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها فى حديث عبادة زيادة ، وهى كذلك ما يكال ويوزن ، وفى بعضها : "وكذلك المكيال والميزان ، هذا نص لو صحت الأحاديث ، ولكن إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر ـ والله أعلم ـ أن علتهم أولى العلل ، وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه ، وأن العدل فى المعاملات إنما هو مقاربة التساوى ، ولذلك لما عسر إدراك التساوى فى الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها : أعنى تقديرها ، ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات : أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو فى وجود النسبة ، أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشىء الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب ، فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون ، فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة أثواب ، فإذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجبة فى المعاملة العدالة ، أعنى أن يكون عديل فرس عشرة أثواب فى المثل . وأما الأشياء المكيلة والموزونة ، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل فى هذا إنما هو بوجود التساوى فى الكيل أو الوزن إذ كانت لاتتفاوت فى المنافع ، وأيضا فإن منع التفاضل فى هذه الأشياء يوجب أن لايقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة ، والتعامل إنما يضطر إليه فى المنافع المختلفة ، فإذا منع التفاضل فى هذه الأشياء أعنى المكيلة والموزونة علتان : إحداهما وجود العدل فيها ، والثانى منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف . وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التى لها منافع ضرورية . وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر

فى علة الربا فى هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا فى أقوات الناس ، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتا . وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر فى الربا الأجناس التى تجب فيها الزكاة ، وعن بعضهم الانتفاع مطلقا : أعنى المالية ، وهو مذهب ابن الماجشون .

الفصل الثانى

فى معرفة الأشياء التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة فى الربويات هى الطعم عند مالك والشافعى . وأما فى غير الربويات مما ليس بمطعوم ، فإن علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل ، وليس عند الشافعى نسيئة فى غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل فى الربويات وفى غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل ، وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع النسيئة فى هذه ، لأنه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة .

الفصل الثالث فى معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعا

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعا : أعنى التفاضل والنساء ، فما لم يكن ربويا عند الشافعى . وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا أو صنفا واحدا بإطلاق على مذهب أبى حنيفة ، ومالك يعتبر فى الصنف المؤثر فى التفاضل فى الربويات ، وفى النساء فى غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها ، فإذا اختلفت جعلها صنفين ، وإن كان الاسم واحدا ، وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعى ، وإن كان الشافعى ليس الصنف عنده مؤثرا إلا فى الربويات فقط : أعنى أنه يمنع التفاضل فيه ، وليس هو عنده علة للنساء أصلا ، فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة فى هذه الفصول الثلاث . فأما الأشياء التى لا تجوز فيها النسيئة فإنها قسمان : منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ، ومنها ما يجوز فيها التفاضل . فأما الأشياء التى لا يجوز فيها التفاضل

فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعى الطعم فقط ، وعند أبى حنيفة مطعومات الكيل والوزن ، فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعى ، وإذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك ، وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة . وأما الأشياء التى ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فإنها صنفان : إما مطعومة ، وإما غير مطعومة . فأما المطعومة فالنساء عنده لايجوز فيها ، وعلة المنع الطعم ؛ وأما غير المطعومة فإنه لايجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل ، فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين إلى أجل إلا أن تكون إحداهما حلوبة والأخرى أكولة ، هذا هو المشهور عنه ؛ وقد قيل إنه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لايجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل . فأما إذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وإن كان الصنف واحدا ؛ وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع ، والأشهر أن لايعتبر ؛ وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده فى منع النساء ما عدا التى لايجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت ، فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وإن اختلفت منافعها . وأما الشافعى فكل ما لايجوز التفاضل عنده فى الصنف الواحد يجوز فيه النساء ، فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقدا ، وكذلك شاة بشاة ، ودليل الشافعى حديث عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ فى قلائص الصدقة البعير بالبعيرين إلى الصدقة » قالوا فهذا التفاضل فى الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان » قالوا : وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد فى النسيئة . وأما مالك فعمدته فى مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد الذريعة ، وذلك أنه لافائدة فى ذلك إلا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم ، وقد قيل عنه إنه أصل بنفسه ، وقد قيل عن الكوفيين إنه لايجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة ، فكأن الشافعى ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له ، لأن ظاهره يقتضى أن لايجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف ،

وكأن مالكا ذهب مذهب الجمع ، فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض . وحديث عمرو بن العاص على اختلافها ، وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه ، ولكن صححه الترمذى ، ويشهد لمالك ما رواه الترمذى عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحَيَوانُ اثْنانِ بِواحِدٍ ، لايَصْلُحُ النَّساءُ ولا بأْسَ بِهِ يَدًا بِيَدٍ » وقال ابن المنذر : ثبت « أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبدا بعبدين أسودين . واشترى جارية بسبعة أرؤس » وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلا بنفسه لامن قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لايجوز بيعه نساء ، هل من شرطه التقابض فى المجلس قبل الافتراق سائر الربويات بعد اتفاقهم فى اشتراط ذلك فى المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتَبِيعُوا مِنْها غائِباً بِناجِزٍ » فمن شرط فيها التقابض فى المجلس شبهها بالصرف ، ومن لم يشترط ذلك قال : إن القبض قبل التفرق ليس شرطا فى البيوع إلا ماقام الدليل عليه ، ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل .

الفصل الرابع

فى معرفة ما يعد صنفا واحدا ، وما لايعد صنفا واحدا

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفا واحدا وهو المؤثر فى التفاضل مما لايعد صنفا واحدا فى مسائل كثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها ، وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل ، هل من شرطه أن لايختلف بالجودة والرداءة ، ولا باليبس والرطوبة ؟ فأما اختلافهم فيما يعد صنفا واحدا مما لايعد صنفا واحدا ، فمن ذلك القمح والشعير ، صار قوتا إلى أنهما صنف واحد ، وصار آخرون إلى أنهما صنفان . فبالأول قال مالك والأوزاعى ، وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب ؛ وبالثانى قال الشافعى وأبو حنيفة، وعمدتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم « لاتَبِيعُوا البُرَّ بالبُرِّ والشَّعيرَ بالشَّعيرِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ » فجعلهما صنفين ، وأيضا فإن فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت « وَبِيعُوا الذَّهَبَ بالفِضَّة كَيْفَ شِئْتُمْ ، والبُرَّ بالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ ، والمِلْحَ بالتَّمْرِ كَيْفَ

شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى ، وصحح هذه الزيادة الترمذى . وأما القياس فلأنهما شيئان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما ، فوجب أن يكونا صنفين ، أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة . وأما أصحابه فاعتمدوا فى ذلك أيضا السماع والقياس . أما السماع فما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « الطَّعَامُ بالطَّعَامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ » فقالوا : اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف ، فإن هذا عام يفسره الأحاديث الصحيحة . وأما من طريق القياس فإنهم عددوا كثيرا من اتفاقهما فى المنافع ، والمتفقة المنافع لايجوز التفاضل فيها باتفاق ، والسلت عند مالك والشعير صنف واحد ، وأما القطنية فإنها عنده صنف واحد فى الزكاة ، وعنه فى البيوع روايتان : إحداهما أنها صنف واحد ، والأخرى أنها أصناف . وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها ، فمن غلب الاتفاق قال : صنف واحد، ومن غلب الاختلاف قال : صنفان أو أصناف ، والأرز والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم الذى لايجوز فيه التفاضل ، فقال مالك : اللحوم ثلاثة أصناف : فلحم ذوات الأربع صنف ، ولحم ذوات الماء صنف ، ولحم الطير كله صنف واحد أيضا ، وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل . وقال أبوحنيفة : كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة ، والتفاضل فيه جائز إلا فى النوع الواحد بعينه . وللشافعى قولان : أحدهما مثل قول أبى حنيفة ، والآخر أن جميعها صنف واحد . وأبوحنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ، ومالك لايجيزه ، والشافعى لايجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ، ومالك يجيزه . وعمدة الشافعى قوله عليه الصلاة والسلام « الطعام بالطعام مثلا بمثل » ولأنها إذا فارقتها الحياة زالت الصفات التى كانت بها تختلف ، ويتناولها اسم اللحم تناولا واحدا . وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة ، فوجب أن يكون لحمها مختلفا . والحنفية تعتبر الاختلاف الذى فى الجنس الواحد من هذه وتقول : إن الاختلاف الذى بين الأنواع التى فى الحيوان ، أعنى فى الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذى بين التمر والبر والشعير . وبالجملة فكل طائفة تدعى أن

وزان الاختلاف الذى بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم ، والحنفية أقوى من جهة المعنى ، لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المنفعة .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال : قول إنه لايجوز بإطلاق ، وهو قول الشافعى والليث ؛ وقول إنه يجوز فى الأجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز ذلك فى المتفقة : أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل ، وذلك فى التى المقصود منها الأكل ، وهو قول مالك ، فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل ، وذلك عنده فى الحيوان المأكول ، حتى أنه لايجيز الحى بالحى إذا كان المقصود الأكل من أحدهما ، فهى عنده من هذا الباب ، أعنى أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة ؛ وقول ثالث إنه يجوز مطلقا ، وبه قال أبو حنيفة . وسبب الخلاف معارضة الأصول فى هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب ، وذلك أن مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم » فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التى توجب التحريم قال به . ومن رأى أن الأصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين : إما أن يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه أو يرده لمكان معارضة الأصول له . فالشافعى غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الأصول ، ومالك رده إلى أصوله فى البيوع ، فجعل البيع فيه من باب الربا ، أعنى بيع الشىء الربوى بأصله ، مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتى الكلام على هذا الأصل ، فإنه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة ، وهى داخلة فى الربا بجهة ، وفى الغرر بجهة ، وذلك أنها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والغرر ، وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الأصل .

(مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل ، فالأشهر عن مالك جوازه ، وهو قول مالك فى موطئه ، وروى عنه أنه لايجوز ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك ؛ وقال بعض أصحاب مالك : ليس هو اختلافا من قوله ، وإنما رواية المنع إذا كان

اعتبار المثلية بالكيل ، لأن الطعام إذا صار دقيقا اختلف كيله ، ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده فى ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون . ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن ، والعدد فيما لا يكال ولا يوزن . واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز ، فقال أبو حنيفة : لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا ، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا ، وقال الشافعى : لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغيرا جهلت به مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالأشهر فى الخبز عنده أنه يجوز متماثلا ، وقد قيل فيه إنه يجوز فيه التفاضل والتساوى . وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله ، وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا تمكن ؟ فقال أبو حنيفة : تنقله ، وقال مالك والشافعى : لا تنقله . واختلفوا فى إمكان المماثلة فيهما ، فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة فى الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكا يرى فى كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس : أعنى من أن يكون جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل ، وفى بعضها ليس يرى ذلك ، وتفصيل مذهبه فى ذلك عسير الانفصال ، فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد ، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان ، وقد رام أصحابه التفصيل فى ذلك ، والظاهر من مذهبه أنه ليس فى ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها ، وقد رام حصرها الباجى فى المنتقى ، وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التى توجب عنده الاتفاق فى شىء شىء من الأجناس التى يقع بها التعامل ، وتمييزها من التى لا توجب ذلك : أعنى فى الحيوان والعروض والنبات . وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة فى أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه فى تمييزها إلا ما يعطيه بادئ النظر فى الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة ، فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجرى تلك الأجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه ، وأنت تتبين ذلك من كتبهم ، فهذه هى أمهات هذا الباب .

(فصل) وأما اختلافهم فى بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل فى القدر والتناجز ، فإن السبب فى ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص أنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذَا جَفَّ ؟ فقالوا : نعم ، فنهى عن ذلك » فأخذ به أكثر العلماء وقال : لايجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعى وغيرهما . وقال أبوحنيفة : يجوز ذلك ، وخالفه فى ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف . وقال الطحاوى بقول أبي حنيفة . وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له ، واختلافهم فى تصحيحه ، وذلك أن حديث عبادة اشترط فى الجواز فقط المماثلة والمساواة ، وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لاحال المآل ؛ فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ؛ ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال : هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات . والحديث أيضا اختلف الناس فى تصحيحه ولم يخرّجه الشيخان . قال الطحاوى : خولف فيه عبد الله ، فرواه يحيى بن كثير عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » وقال : إن الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول ، لكن جمهور الفقهاء صاروا إلى العمل به . وقال مالك فى موطئه قياسا به على تعليل الحكم فى هذا الحديث ، وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام : يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده ، والعرية عنده مستثناة من هذا الأصل ، وكذلك عند الشافعى ، والمزابنة المنهى عنها عند أبي حنيفة هو بيع التمر على الأرض بالتمر فى رءوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى ، وطرد الشافعى هذه العلة فى الشيئين الرطبين ، فلم يجز بيع الرطب بالرطب ، ولا العجين بالعجين مع التماثل ، لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف . وخالفه فى ذلك جل من قال بهذا الحديث .

وأما اختلافهم فى بيع الجيد بالردىء فى الأصناف الربوية ، فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط فى الجودة بصنفين : أحدهما أجود من ذلك الصنف ، والآخر أردأ ، مثل أن يبيع مُدَّين من تمر وسط بمدين من تمر

أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه ، فإن مالكا يرد هذا لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط فى مد من الطيب ، فجعل معه الردىء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك ، ووافقه الشافعى فى هذا ، ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لأنه لا يُعمل التهم ، ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل فى الصفة ، وذلك أنه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردىء عن الوسط ، وإلا فليس هناك مساواة فى الصفة . ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم إذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر ، فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثانى مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم ، فقال مالك والشافعى والليث : إن ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون : إن ذلك جائز . فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة أو يكفى فى ذلك رضا البائع ، فمن قال الاعتبار بمساواته فى القيمة قال : لا يجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه إذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة ، مثال ذلك أنه إن باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل ، وإلا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بأن يرضى به المتبايعان ، ومالك يعتبر أيضا فى هذا سد الذريعة ، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس .

باب فى بيوع الذرائع الربوية

وههنا شىء يعرض للمتبايعين إذا قال أحدهما للآخر بزيادة أو نقصان ، وللمتبايعين إذا اشترى أحدهما من صاحبه الشىء الذى باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصوّر بينهما من غير قصد إلى ذلك تبايع ربوى ، مثل أن يبيع إنسان من إنسان سلعة بعشرة دنانير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين إلى أجل ، فإذا أضيفت البيعة الثانية إلى الأولى استقر الأمر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير

فى عشرين إلى أجل ، وهذا هو الذى يعرف ببيوع الآجال . فنذكر من ذلك مسئلة فى الإقالة ، ومسئلة من بيوع الآجال إذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع ، وإنما المقصود فيه تحصيل الأصول .

(مسئلة) لم يختلفوا أن من باع شيئا مـا كأنك قلت عبدا بمائة دينار مثلا إلى أجل ، ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف إليه مبيعه ويدفع إليه عشرة دنانير مثلا نقدا أو إلى أجل ، أن ذلك يجوز وأنه لابأس بذلك ، وأن الإقالة عندهم إذا دخلتها الزيادة والنقصان هى بيع مستأنف ، ولا حرج فى أن يبيع الإنسان الشىء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ، لأنه فى هذه المسئلة اشترى منه البائع الأول العبد الذى باعه بالمـائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقدا أو إلى أجل ، وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار إلى أجل والعشرة مثاقيل نقدا أو إلى أجل . وأما إن ندم المشترى فى هذه المسألة وسأل الإقالة على أن يعطى البائع العشرة المثاقيل نقدا أو إلى أجل أبعد من الأجل الذى وجبت فيه المـائة ، فهنا اختلفوا ، فقال مالك : لايجوز ، وقال الشافعى : يجوز ؛ ووجه ماكره من ذلك مالك أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع الذهب بالذهب إلى أجل وإلى بيع ذهب وعرض بذهب ، لأن المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد فى المـائة دينار التى عليه ، وأيضا يدخله بيع وسلف كأن المشترى باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة إلى الأجل الذى يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعى فهذا عنده كله جائز لأنه شراء مستأنف ، ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة ، فيشترى منه غلاما بالتسعين دينارا التى عليه ويتعجل له عشرة دنانير ، وذلك جائز بإجماع . قال : وحمل الناس على التهم لايجوز . وأما إن كان البيع الأول نقدا فلا خلاف فى جواز ذلك ، لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة ، إلا أن مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة : أعنى الذى يداين الناس ، لأنه عنده ذريعة لسلف فى أكثر منه يتوصلان إليه بما أظهرا من البيع من غير أن تكون له حقيقة . وأما البيوع التى يعرفونها ببيوع الآجال ، فهى أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر أو نقدا .

(وهنا تسع مسائل إذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها فى مسئلتين

واتفق فى الباقى) وذلك أنه من باع شيئا إلى أجل ثم اشتراه ، فإما أن يشتريه إلى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده ، وفى كل واحد من هذه الثلاثة إما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه ، وإما بأقل ، وإما بأكثر يختلف من ذلك فى اثنين ؛ وهو أن يشتريها قبل الأجل نقدا بأقل من الثمن أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن . فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لايجوز . وقال الشافعى وداود وأبو ثور يجوز ، فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنانير فى أكثر منها إلى أجل ، وهو الربا المنهى عنه فزوّر لذلك هذه الصورة ليتصلا بها إلى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفنى عشرة دنانير إلى شهر وأرد إليك عشرين دينارا ، فيقول : هذا لايجوز، ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر ، ثم أشتريه منك بعشرة نقدا . وأما فى الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لأنه إن أعطى أكثرْ من الثمن فى أقل من ذلك الأجل لم يتهم ، وكذلك إن اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل ، ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إنى بعت من زيد عبدا إلى العطاء بثمانمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة ، فقالت عائشة : بئسما شريت ، وبئسما اشتريت ، أبلغى زيدًا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ، قالت : أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة دينار ؟ قالت : نعم - فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فانْتَهَى فَلَهُ ما سَلَفَ - وقال الشافعى وأصحابه : لايثبت حديث عائشة ، وأيضا فإن زيدًا قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس ، وروى مثل قول الشافعى عن ا ن عمر . وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الأول ، فإن الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن وعن مالك فى ذلك روايتان ، والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى أن يتذرع منها إلى : أنظرنى أزدك ، أو إلى بيع ما لايجوز متفاضلا ، أو بيع ما لايجوز نساء ، أو إلى بيع وسلف ، أو إلى ذهب وعرض بذهب

أو إلى : ضع وتعجل ، أو بيع الطعام قبل أن يستوفى ، أو بيع وصرف ، فإن هذه هى أصول الربا . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل أن يقبضه ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة ، وأجازه الشافعى والثورى والأوزاعى وجماعة . وحجة من كرهه أنه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ، ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد إلى ذلك . ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن إلى أجل معلوم ، فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه ، فاشترى من المشترى طعاما بثمن يدفعه إليه مكان طعامه الذى وجب له فأجاز ذلك الشافعى وقال : لافرق بين أن يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له علية أو من المشترى نفسه ؛ ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه رد إليه الطعام الذى كان ترتب فى ذمته ، فيكون قد باعه منه قبل أن يستوفيه . وصورة الذريعة فى ذلك أن يشترى رجل من آخر طعاما إلى أجل معلوم ، فإذا حل الأجل قال الذى عليه الطعام : ليس عندى طعام ، ولكن أشترى منك الطعام الذى وجب لك علىّ ، فقال هذا لايصح لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى فيقول له : فبع طعاما منى وأرده عليك ، فيعرض من ذلك ما ذكرناه ، أعنى أن يرد عليه ذلك الطعام الذى أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع إنما هو ثمن الطغام الذى هو فى ذمته . وأما الشافعى فلا يعتبر التهم كما قلنا وإنما يراعى فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بألسنتهما وظهر من فعلهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهرا أنه لايجوز ، ولو قال له : أسلفنى دراهم وأمهلنى بها حولا أو شهرا جاز ، فليس بينهما إلا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القصد وقرضه ، ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة : أنظرنى أزدك ، والتفاضل ، والنساء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، فإنه يظن أنه من هذا الباب إذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته ، فينبغى أن نذكر ههنا هذين الأصلين :

أما : ضع وتعجل فأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثورى وجماعة من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعى فى ذلك ، فأجاز مالك وجمهور من

ينكر : ضع وتعجل ، أن يتعجل الرجل فى دينه المؤجل عرضا يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه . وعمدة من لم يجز : ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه فى الموضعين جميعا ، وذلك أنه هنالك لما زاد له فى الزمان زاد له عرضه ثمنا ، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه فى مقابلته ثمنا . وعمدة من أجازه ما روى عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أمر بإخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا : يا نبىّ الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا » فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه ، فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتّى . وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ » . واختلف من هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع أحدها : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات . والثانى : فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لا يشترط . والثالث : فى الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا ، ففيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول فيما يشترط فيه القبض من المبيعات

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف فى مذهب مالك فى إجازته وأما الطعام الربوى فلا خلاف فى مذهبه أن القبض شرط فى بيعه . وأما غير الربوى من الطعام فعنه فى ذلك روايتان : إحداهما المنع وهى الأشهر ، وبها قال أحمد وأبو ثور ، إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن . والرواية الأخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط فى كل مبيع ماعدا المبيعات التى لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار . وأما الشافعى فإن القبض عنده شرط فى كل مبيع ، وبه قال الثورى ، وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس . وقال أبو عبيد وإسحاق : كل شىء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه ، فاشترط هؤلاء القبض فى المكيل والموزون ، وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز

ابن أبي سلمة وربيعة، وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود، فيتحصل فى اشتراط القبض سبعة أقوال : الأول : فى الطعام الربوى فقط . والثانى : فى الطعام بإطلاق . الثالث : فى الطعام المكيل والموزون . الرابع : فى كل شىء ينقل . الخامس : فى كل شىء . السادس فى المكيل والموزون . السابع : فى المكيل والموزون والمعدود . أما عمدة مالك فى منعه ما عدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم . وأما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لاَ يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ ولا رِبْحُ ما لَمْ يُضْمَنْ ولا بَيْعُ ما لَيْسَ عِنْدَكَ » وهذا من باب بيع ما لم يضمن ، وهذا مبنى على مذهبه من أن القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترى ، واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال : قلت « يا رسول الله إنى أشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم ؟ فقال : يا ابْنَ أخى إذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعاً فَلا تَبِعْهُ حَتّى تَقْبِضَهُ » قال أبو عمر : حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم ابن حزام قال : ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لاأعرف لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط ، وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين . ومن طريق المعنى أن بيع ما لم يقبض يتطرق منه إلى الربا ، وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لاينقل ، لأن ما ينقل القبض عنده فيه هى التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن ، فلاتفاقهم أن المكيل والموزون لايخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشترى إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع ما لم يضمن .

الفصل الثانى

فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لايشترط

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لايعتبر ، فإن العقود تنقسم أولا إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات . والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها يختص بقصد المعاينة والمكايسة وهى البيوع والإجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره .

والقسم الثانى لايختص بقصد المغابنة ، وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض . والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا : أعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق ، كالشركة والإقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الأقسام . أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه ، وذلك فى الشيء الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء . وأما ما كان خالصا للرفق : أعنى القرض ، فلا خلاف أيضا أن القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه . واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع ، فقال : يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والإقالة ، فإذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان ، فلا خلاف أعلمه فى المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لاتجوز الشركة ولا التولية قبل القبض ، وتجوز الإقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع لابيع . فعمدة من اشترط القبض فى جميع المعاوضات أنها فى معنى البيع المنهى عنه ، وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والإقالة والشركة للأثر والمعنى . أما الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة . وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الرفق لاالمغابنة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان ، وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل ، لأن العوض فى ذلك ليس بيّنا إذا لم يكن عينا .

الفصل الثالث

فى الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافا ، فإن مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الأوزاعى ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى . وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، لأن الذريعة موجودة فى الجزاف وغير الجزاف . ومن الحجة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال « كنا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا ، فبعث إلينا من يأمرنا

بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه ، قال أبو عمر : وإن كان مالك لم يرو عن نافع فى هذا الحديث ذكر الجزاف ، فقد روته جماعة وجوّده عبيد الله بن عمر وغيره ، وهو مقدم فى حفظ حديث نافع . وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية ، فهو عندهم من ضمان المشترى بنفس العقد ، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة ، وقد يدخل فى هذا الباب إجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لايملكه ، وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة إلى الربا . وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لايمكنه نقله فهو داخل فى بيوع الغرر ؛ وصورة التذرع منه إلى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل : أعطنى عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها ، فيقول له : هذا لايصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ، ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما ، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضا فيردّ عليه ضعفها ، وفى المذهب فى هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ، ولا خلاف فى هذه الصورة التى ذكرنا أنها غير جائزة فى المذهب : أعنى إذا تقارّا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها . وأما الدين بالدين ، فأجمع المسلمون على منعه . واختلفوا فى مسائل هل هى منه أم ليست منه ؟ مثل ما كان ابن القاسم لايجيز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ، ويراه من باب الدين بالدين . وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : ليس هذا من باب الدين بالدين ، وإنما الدين بالدين ما لم يشرع فى أخذ شىء منه ، وهو قياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة . ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله فى المدونة من أن الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن إلى العطاء ، فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال : ولم ير الناس بذلك بأسا ، وكذلك كل ما يبتاع فى الأسواق ، وروى ابن القاسم أن ذلك لايجوز إلا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه إذا أخذ جميعه . وأما القمح وشبهه فلا ، فهذه هى أصول هذا الباب ، وهذا الباب كله إنما حرم فى الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعا وعن علم .

الباب الثالث

وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر ، والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع ، أو بقدره أو بأجله إن كان هنالك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ، وإما من جهة الجهل بسلامته : أعنى بقاءه ، وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أوبعضها . ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف فى شرح أسمائها ، والمسكوت عنه مختلف فيه . ونحن نذكر أوّلا المنطوق به فى الشرع ، وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه : أعنى فى رد الفروع إلى الأصول . فأما المنطوق به فى الشرع فمنه « نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة » ومنها « نهيه عن بيع مالم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى تزهى ، وعن بيع الملامسة والمنابذة ، وعن بيع الحصاة » ومنها « نهيه عن المعاومة ، وعن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود » « ونهيه عن المضامين والملاقيح » . أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ، ولا يعلم ما فيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعا إلى الاتفاق . وأما بيع الحصاة ، فكانت صورته عندهم أن يقول المشترى : أىّ ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهولى ، وقيل أيضا إنهم كانوا يقولون : إذا وقعت الحصاة من يدئ فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان : أحدهما أنها كانت بيوعا يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها ، والغرر من جهة الأجل فى هذا بيّن ؛ وقيل إنما هو بيع جنين الناقة ، وهذا من باب النهى عن

بيع المضامين والملاقيح . والمضامين : هى ما فى بطون الحوامل ، والملاقيح . ما فى ظهور الفحول ، فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهى محرمة من تلك الأوجه التى ذكرناها . وأما بيع الثمار ، فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى » ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها نحن عيونها . وذلك أن بيع الثمار لايخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ، ثم إذا خلقت لايخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ، ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى ، وكل واحد من هذين لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع . أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعاومة . وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة ، وهى بيع الشجر أعواما » إلا ما روى عن عمر ابن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره ، إلا ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، وعن عكرمة أنه لايجوز إلا بعد الصرام ، فإذا قلنا بقول الجمهور إنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى ، وقد قلنا إن ذلك لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهوّ بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه إلا ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك ، وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى أنه لايجوز إلا ما ذكره اللخمى من جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهوّ مطلقا ، فاختلف فى ذلك فقهاء الأمصار ، فجمهورهم على أنه لايجوز : مالك والشافعى وأحمد وإسحاق والليث والثورى وغيرهم . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشترى عنده فيه القطع لامن جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ما سيأتى بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو ، فالحديث الثابت عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى

يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشترى » فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ، ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو « أرأيْتَ إنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يأْخُذُ أحَدُكُمْ مالَ أخيهِ ؟ » لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الإطلاق : أعنى النهى عن البيع قبل الإزهاء بل رأى أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية الممنوعة ؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية ، أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال : لايجوز ؛ ومن حمله على القطع قال : يجوز ، والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه إنه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ باعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُها للبائِعِ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَها المُبْتاعُ » قالوا : فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب ، واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال : «كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع : أصاب الثمر الزمان أصابه ما أضرّ به قشام ومراض لعاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشير بها عليهم : لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها » وربما قالوا : إن المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله « حتى يبدو صلاحه » هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة فى أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدوّ صلاحها على شرط التبقية ، فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص : أعنى إذا بيع الثمر مع الأصل . وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهوّ فلا خلاف فيه ، والإطلاق

فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضى التبقية ، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت إن منع الله الثمرة » الحديث . ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تطرأ فى الأكثر على الثمار قبل بدوّ الصلاح ، وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر إلا قليلا ، ولو لم يجب فى المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع ، وكان هذا الشرط باطلا . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية ، والإطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع ، وهو خلاف مفهوم الحديث ، وحجتهم أن نفس بيع الشىء يقتضى تسليمه وإلا لحقه الغرر ، ولذلك لم يجز أن تباع الأعيان إلى أجل . والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الأعيان إلى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة ، فالكوفيون خالفوا الجمهور فى بيع الثمار فى موضعين : أحدهما فى جواز بيعها قبل أن تزهى . والثانى فى منع تبقيتها بالشرط بعد الإزهاء أو بمطلق العقد ، وخلافهم فى الموضع الأول أقوى من خلافهم فى الموضع الثانى : أعنى فى شرط القطع وإن أزهى ، وإنما كان خلافهم فى الموضع الأول أقرب ، لأنه من باب الجمع بين حديثى ابن عمر المتقدمين ، لأن ذلك أيضا مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير ، وأما بدوّ الصلاح الذى جوّز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده ، فهو أن يصفرّ فيه البسر ويسودّ فيه العنب إن كان مما يسود ، وبالجملة أن تظهر فى الثمر صفة الطيب ، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى ، فقال : حَتَّى يَحْمَرَّ » وروى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود ، والحب حتى يشتد » وكان زيد بن ثابت فى رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ، وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من أيار وهو مايو ، وهو قول ابن عمر أيضا « سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات ، فقال عبد الله بن عمر : ذلك وقت طلوع الثريا » وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا طَلَعَ النَّجْمُ صَبَاحاً رُفِعَتِ العَاهَاتُ عَنْ أَهْلِ البَلَدِ » وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ما حوله من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة ، يريد - والله أعلم - طلوع الثريا ، إلا أن المشهور عنه أنه

لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو ، وقد قيل إنه لا يعتبر مع الإزهاء طلوع الثريا . فالمحصل فى بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال : قول إنه الإزهاء ، وهو المشهور ، وقول إنه طلوع الثريا ،وإن لم يكن فى الحائط فى حين البيع إزهاء ؛ وقول : الأمران جميعا . وعلى المشهور من اعتبار الإزهاء يقول مالك إنه إذا كان فى الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها إلا بظهور الطيب فيه ، وخالفه فى ذلك الليث . وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض ،وبدوّ الصلاح المعتبر عن مالك فى الصنف الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء فى بعضه لافى كله إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكرا فى بعضه تبكيرا يتراخى عنه البعض بل إذا كان متتابعا ، لأن الوقت الذى تنجو الثمرة فيه فى الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب فى الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع . وعند مالك أنه إذا بدا الطيب فى نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعى : لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط . ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد . والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه إذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق ، وذلك أن صفة الطيب فيه وهى مشتراة لم تخلق بعد ، لكن هذا كما قال لايشترط فى كل ثمرة بل فى بعض ثمرة جنة واحدة ، وهذا لم يقل به أحد ، فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار . ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ماجاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيضّ والعنب حتى يسود ، وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لايجوز بيع الحنطة فى سنبلها دون السنبل ، لأنه بيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته . واختلفوا فى بيع السنبل نفسه مع الحب ، فجوّز ذلك جمهور العلماء : مالك وأبوحنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة ؛ وقال الشافعى : لا يجوز بيع السنبل نفسه وإن اشتد ، لأنه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس . وحجة الجمهور شيئان : الأثر والقياس . فأما الأثر فما روى عن نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى ، وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة ، نهى البائع والمشترى » وهى زيادة على

ما رواه مالك من هذا الحديث ، والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله ، وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك إلا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود ، فقيل عن مالك يجوز ، وقيل لا يجوز ، إلا إذا كان فى حزمه.وأما بيعه فى تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب ، هذا إذا كان جزافا ، فأما إذا كان مكيلا فجائز عند مالك ، ولا أعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه ؛ فقال الكوفيون : على البائع حتى يعمله حبا للمشترى ؛ وقال غيرهم : هو على المشترى . ومن هذا الباب ما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة » وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبى هريرة ، قال أبو عمر : وكلها من نقل العدول ، فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما ؛ واختلفوا فى التفصيل ، أعنى فى الصورة التى ينطلق عليها هذا الاسم من التى لا ينطلق عليها واتفقوا أيضا على بعضها ، وذلك يتصور على وجوه ثلاثة : أحدها إما فى مثمونين بثمنين ، أو مثمون واحد بثمنين ، أو مثمونين بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم . أما فى مثمونين بثمنين ، فإن ذلك يتصور على وجهين : أحدهما أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعنى هذه الدار بثمن كذا ؛ والثانى أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين . وأما بيع مثمون واحد بثمنين ، فان ذلك يتصور أيضا على وجهين : أحدهما أن يكون أحد الثمنين نقدا والآخر نسيئة ، مثل أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بثمن كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بثمن كذا . وأما مثمونان بثمن واحد ، فمثل أن يقول له : أبيعك أحد هذين بثمن كذا . فأما الوجه الأول ، وهو أن يقول له : أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعنى هذا الغلام بكذا ، فنص الشافعى على أنه لا يجوز ، لأن الثمن فى كليهما يكون مجهولا ، لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا فى كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه فى المبيعين فى عقد واحد . وأصل الشافعى فى رد بيعتين فى بيعة إنما هو جهل الثمن أو المثمون . وأما الوجه الثانى ، وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة

بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم فى أحدهما فلا يجوز عند الجميع ، وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا ؛ وخالف عبد العزيز بن أبى سلمة فى ذلك ، فأجازه إذا كان النقد واحدا أو مختلفا ، وعلة منعه عند الجميع الجهل ؛ وعند مالك من باب سد الذرائع لأنه ممكن أن يختار فى نفسه أحد الثوبين ، فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار ، وذلك لايجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث ، وهو أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بكذا أونسيئة بكذا ، فهذا إذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف فى أنه لايجوز ، وأما إذا لم يكن البيع لازما فى أحدهما فأجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعى ، لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم ؛ وجعله مالك من باب الخيار ، لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين فى الآخر ، وهذا عند مالك هو المانع ، فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعى وأبى حنيفة من جهة جهل الثمن ، فهو عندهما من بيوع الغرر التى نهى عنها ؛ وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لإمكان أن يكون الذى له الخيار قد اختار أولا إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك ، فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثانى ، فكأنه باع أحد الثمنين بالثانى ، فيدخله ثمن بثمن نسيئة ، أو نسيئة ومتفاضلا ، وهذا كله إذا كان الثمن نقدا ، وإن كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر ، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا . وأما إذا قال : أشترى منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه منى إلى أجل ، فهو عندهم لايجوز بإجماع ، لأنه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ، ويدخله أيضا علة جهل الثمن . وأما إذا قال له : أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار وافترقا قبل الخيار ، فإن كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما فى الثانى فإنه لاخلاف بين مالك والشافعى فى أنه لايجوز ؛ وقال عبد العزيز بن أبى سلمة : إنه يجوز ، وعلة المنع الجهل والغرر . وأما إن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ، ولا يجوز عند أبى حنيفة والشافعى ؛ وأما مالك فإنه أجازه لأنه يجيز الخيار بعد عقد البيع فى الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده فى ذلك ؛ وأما من لايجيزه فمعتبره بالغرر الذى لايجوز ، لأنهما افترقا على بيع غير معلوم . وبالجملة

فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير فى المبيعات لايجوز ، وأن القليل يجوز . ويختلفون فى أشياء من أنواع الغرر ، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير ، وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير ؛ فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك ، فقبض الثوبين من المشترى على أن يختار فهلك أحدهما أو أصابه عيب فمن يصيبه ذلك ؟ فقيل تكون المصيبة بينهما ، وقيل بل يضمنه كله المشترى ، إلا أن تقوم البينة على هلاكه ؛ وقيل فرق فى ذلك بين الثياب وما يغاب عليه وبين ما لايغاب عليه كالعبد فيضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن فيما لايغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقى ؟ قيل يلزم ، وقيل لايلزم ، وهذا يذكر فى أحكام البيوع . وينبغى أن نعلم أن المسائل الداخلة فى هذا المعنى هى : أما عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر ؛ وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ، ومنها ما يكون من باب الغرر ، فهذه هى المسائل التى تتعلق بالمنطوق به فى هذا الباب . وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وإن كان سببه الغرر فالأشبه أن نذكرها فى المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

(فصل) وأما المسائل المسكوت عنها فى هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الأمصار فكثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

(مسئلة) المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مرئى ، فهذا لاخلاف فى بيعه . ومبيع غائب أومتعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ؛ فقال قوم : بيع الغائب لايجوز بحال من الأحوال لاما وصف ولا ما لم يوصف ، وهذا أشهر قولى الشافعى وهو المنصوص عند أصحابه ، أعنى أن بيع الغائب على الصفة لايجوز ؛ وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته ؛ وقال أبوحنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة ؛ وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم ؛ وعند الشافعى لاينعقد البيع أصلا فى الموضعين ؛ وقد قيل فى المذهب : يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك فى المدونة ، وأنكره عبد الوهاب وقال :

هو مخالف لأصولنا . وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشىء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفوّ عنه ؟ فالشافعى رآه من الغرر الكثير ؛ ومالك رآه من الغرر اليسير ؛ وأما أبوحنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لاغرر هناك وإن لم تكن له رؤية ؛ وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر فى انعقاد البيع ، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التى فى نشره ، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح فى جرابه ، ولا الثوب المطوىّ فى طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما فى جرابها. واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم : وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن ابن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا فى التجارة ، فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة آلاف ، فذكر تمام الخبر ، وفيه بيع الغائب مطلقا ، ولا بد عند أبى حنيفة من اشتراط الجنس ، ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأمونا كالعقار ، ومن ههنا أجاز مالك بيع الشىء برؤية متقدمة ، أعنى إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

(مسئلة) وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة ، إلا أن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ، ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك فى بيع الغائب ، وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ، ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا ، وقد تكلمنا فى علة الدين بالدين ، ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لايجوز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين ، وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : إنما الدين بالدين ما لم

يشرع فى قبض شيء منه ، أعنى أنه كان يرى أن قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر ، وهو القياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة .

(مسئلة) أجمع فقهاء الأمصار على بيع التمر الذى يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وإن لم تطب جملته معا ؛ واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة ؛ وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لاتخلو أن تتصل أو لاتتصل ، فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ، ثم إن اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لاتتميز ، فمثال المتميز جزّ القصيل الذى يُجز مدة بعد مدة . ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثئ والباذنجان والقرع ، ففى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان : إحداهما الجواز والأخرى المنع . وفى الذى يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز ، وخالفه الكوفيون وأحمد وإسحاق والشافعى فى هذا كله ، فقالوا : لايجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لايتميز أنه لايمكن حبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ماخلق وبدا صلاحه ، أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر فى الصفة شبيه بالغرر فى عين الشيء ، وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة فى بيع الثمار ، أعنى ماطاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لأنه لاضرورة هنالك إذا كان متميزا . وأما وجه الجواز فى القصيل فتشبيها له بما لايتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ، ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة . واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ، ولم يجزه الشافعى إلا مقلوعا ، لأنه من باب بيع المغيب ؛ ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعى . والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو إليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين . ومن هذا الباب بيع السمك فى الغدير

أو البركة اختلفوا فيه أيضا ، فقال أبو حنيفة : يجوز ، ومنعه مالك والشافعى فيما أحسب ، وهو الذى تقتضى أصوله . ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم بإطلاق ، ومنعه قوم بإطلاق ومنهم الشافعى ؛ وقال مالك : إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشترى جاز ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الإباق ويتواضعان الثمن ، أعنى أنه لايقبضه البائع حتى يقبضه المشترى ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد فى بيع المواضعة وفى بيع الغائب غير المأمون ، وفيما كان من هذا الجنس . وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتى . والحجة للشافعى حديث شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع ، وعن شراء ما فى ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم » وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفا فى العادة ، ولم يجز ذلك فى الشاة الواحدة ؛ وقال سائر الفقهاء : لايجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم فى جلده . ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك إلا أن يكون ميئوسا منه ؛ ومنعه الشافعى وأبو حنيفة ، وهى رواية أخرى عنه ، ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين ، فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ، ولم يجز بيع تراب الصاغة ؛ ومنع الشافعى البيع فى الأمرين جميعا ؛ وأجازه قوم فى الأمرين جميعا ، وبه قال الحسن البصرى ؛ فهذه هى البيوع التى يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية . وأما اعتبار الكمية فإنهم اتفقوا على أنه لايجوز أن يباع شىء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح إلا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشترى ؛ واتفقوا على أن العلم الذى يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر فى صحة البيع ، وفى كل ما كان غير معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشترى من جميع الأشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة ، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التى تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذى يسمونه الجزاف يجوز فى أشياء ويمنع فى أشياء . وأصل مذهب مالك فى ذلك أنه يجوز فى كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاد وهو عنده على أصناف : منها ما أصله

الكيل ويجوز جزافا ، وهى المكيلات والموزونات ؛ ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا ، وهى الممسوحات كالأرضين والثياب ؛ ومنها ما لايجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن ، بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا ، وهى كما قلنا التى المقصود منها آحاد أعيانها . وعند مالك أن التبر والفضة الغير المسكوكين يجوز بيعهما جزافاً ولا يجوز ذلك فى الدراهم والدنانير ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يجوز ويكره . ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل : أى كل كيل منها بكذا، فما كان فيها من الأكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها؛ وقال أبو حنيفة : لايلزم إلا فى كيل واحد وهو الذى سمياه . ويجوز هذا البيع عند مالك فى العبيد والثياب وفى الطعام ، ومنعه أبو حنيفة فى الثياب والعبيد ، ومنع ذلك غيره فى الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدّق المشترى البائع فى كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة ، لأنه يتهمه أن يكون صدقه ليُنظره بالثمن ؛ وعند غيره لايجوز ذلك حتى يكتالها المشترى لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى تجرى فيه الصيعان؛ وأجازه قوم على الإطلاق ؛ وممن منعه أبو حنيفة والشافعى وأحمد ؛ وممن أجازه بإطلاق عطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ؛ ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل؛ ولا يجوز عند الشافعى وأبى حنيفة . والمزابنة المنهى عنها هى عند مالك من هذا الباب ، وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية ، وذلك أما فى الربويات فلموضع التفاضل ، وأما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر .

الباب الرابع فى بيوع الشروط والثنيا

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ، ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة . والأصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث : أحدها حديث جابر قال « ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة » وهذا الحديث فى الصحيح . والحديث الثانى حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فى كِتَابِ

الله فَهُوَ باطِلٌ وَلَوْ كانَ مائَةَ شَرْطٍ » والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ، ورخص فى العرايا » وهو أيضا فى الصحيح خرجه مسلم . ومن هذا الباب ما روى عن أبى حنيفة أنه روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط » فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث فى بيع وشرط ، فقال قوم : البيع فاسد والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة ؛ وقال قوم : البيع جائز والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول ابن أبى شبرمة ؛ وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، وممن قال بهذا القول ابن أبى ليلى ؛ وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا ، فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا ؛ ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث عمر الذى ذكر فيه البيع والشرط ؛ ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ؛ ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، ولا يَجوز شَرْطانِ فى بَيْعٍ ، ولا رِبْحُ ما لَمْ تَضْمَنْ ، ولا بَيْعُ ما لَيْسَ هُوَ عِنْدَكَ » . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هى والبيع معا ؛ وشروط تجوز هى والبيع معا ؛ وشروط تبطل ويثبت البيع ؛ وقد يظن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع ، وإعطاء فروق بينة فى مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هى راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك ، أو إلى ما يفيد نقصا فى الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها ، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ، وللمتأخرين من أصحاب مالك فى ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جلى والمازرى والباجى ،

وتفصيله فى ذلك أن قال : إن الشرط فى المبيع يقع على ضربين أولين : أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة . والقسم الثانى أن يشترط عليه شرطا يقع فى مدة الملك ، وهذا قالوا : ينقسم إلى ثلاثة أقسام : إما أن يشترط فى المبيع منفعة لنفسه ؛ وإما أن يشترط على المشترى منعا من تصرف عام أو خاص ؛ وإما أن يشترط إيقاع معنى فى المبيع ، وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معانى البر. والثانى أن يكون معنى ليس فيه من البر شىء . فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لاتعود بمنع التصرف فى أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة ، فذلك جائز على حديث جابر . وإما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لايجوز لأنه من الثنيا ، مثل أن يبيع الأمة على أن لايطأها أو لايبيعها ، وإما أن يشترط معنى من معانى البر مثل العتق ، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده ، وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه . وبقول مالك فى إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على أن من قوله منع بيع وشرط ، وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ ، لأن فى بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره إلى المدينة ، وفى بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة . ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه فى المدة القليلة ولم يجزه فى الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله فى منع ذلك . وأما إن اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل أن لايبيعها ، فذلك لايجوز عند مالك ، وقيل عنه البيع مفسوخ ، وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع : متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فإنه لايجوز عند مالك ، لأنه يكون مترددا بين البيع والسلف ؛ إن جاء بالثمن كان سلفا ، وإن لم يجئ كان بيعا . واختلف فى المذهب هل يجوز ذلك فى الإقالة أم لا؟ فمن رأى أن الإقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ؛ ومن رأى أنها فسخ فرق بينها وبين البيوع . واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط أن لايبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ؛ وقيل عن ابن القاسم : لايجوز ذلك ، لأنه شرط يمنع المبتاع

التصرف فى المبيع المدة البعيدة التى لايجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها ؛ فوجب أن يمنع صحة البيع ، ولذلك قال ابن المواز إنه جائز فى الأمد القصير . ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنعه أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء ، وأجازه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم ، وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور ؛ وحجة الجمهور أن النهى يتضمن فساد المنهى عنه مع أن الثمن يكون فى المبيع مجهولا لاقتران السلف به . وقد روى أن محمد ابن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة إسماعيل بن إسحاق المالكى فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق ، قال : وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لاتقوم به حجة ، وهو أن قال له : الفرق بينهما أن مشترط السلف هو مخير فى تركه أو عدم تركه ، وليس كذلك مسئلة زق الخمر ، وهذا الجواب هو نفس الشىء الذى طولب فيه بالفرق ، وذلك أنه يقال له : لم كان هنا مخيرا ولم يكن هنالك مخيرا فى أن يترك الزق ويصح البيع ، والأشبه أن يقال إن التحريم ههنا لم يكن لشىء محرم بعينه وهو السلف لأن السلف مباح ، وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران : أعنى اقتران البيع به ، وكذلك البيع فى نفسه جائز ، وإنما امتنع من قبل اقتران الشرط به ، وهنالك إنما امتنع البيع من أجل اقتران شىء محرم لعينه به ، لا أنه شىء محرم من قبل الشرط : ونكتة المسئلة هل إذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لايرتفع ، كما لايرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ؟ وهذا أيضا ينبنى على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمى أو معقول ؟ فإن قلنا حكمى لم يرتفع بارتفاع الشرط ، وإن قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط ؛ فمالك رآه معقولا ، والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذى يوجد فى بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمى ، ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا ، وإن ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر . واختلفوا فى حكمه إذا وقع على ما سيأتى فى أحكام البيوع الفاسدة . ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز ؛ وحكى عن قوم من التابعين أنهم

أجازوه ، منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحارث وزيد بن أسلم . وصورته : أن يشترى الرجل شيئا فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ترك المشترى بذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به ؛ وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، وكان زيد يقول : أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها ، أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا ، أم ليست تدخل ؟ فمن ذلك أن يبيع الرجل حاملا ويستثنى ما فى بطنها ، فجمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى على أنه لايجوز ؛ وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز ، وهو مروى عن ابن عمر . وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه ، أم ليس بمبيع وإنما هو باق على ملك البائع ؟ فمن قال مبيع قال : لايجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ؛ ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك ؛ وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه أن ذلك البعض لايخلو أن يكون شائعا أو معينا أو مقدرا ، فإن كان شائعا فلا خلاف فى جوازه مثل أن يبيع عبدا إلا ربعه . وأما إن كان معينا فلا يخلو أن يكون مغيبا مثل الجنين ، أو يكون غير مغيب ، فإن كان مغيبا فلا يجوز ، وإن كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل ، فلا يخلو الحيوان أن يكون مما يستباح ذبحه أو لا يكون ، فإن كان مما لا يستباح ذبحه فإنه لايجوز ، لأنه لايجوز أن يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله ، لأن حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لاخلاف فيه ، وإن كان الحيوان مما يستباح ذبحه ، فإن باعه واستثنى منه عضوا له قيمة بشرط الذبح ، فى المذهب فيه قولان : أحدهما أنه لايجوز وهو المشهور ؛ والثانى يجوز ، وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما إذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف فى جوازه فى المذهب ، ووجه قول مالك إنه إن كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وإن كان لم يستثنه بجلده فإنه لايدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه . ووجه قول ابن حبيب أنه استثنى عضوا معينا معلوما ، فلم يضره ما عليه من

الجلد أصله شراء الحب فى سنبله والجوز فى قشره . وأما إن كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عرفا وإما ملفوظا به جزءامقدرا مثل أرطال من جزور ، فعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما المنع ، وهى رواية ابن وهب ؛ والثانية الإجازة فى الأرطال اليسيرة فقط ، وهى رواية ابن القاسم . وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها . واتفقوا على أنه لايجوز أن يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات إلا بتعيين المشترى لها بعد البيع ، لأنه بيع ما لم يره المتبايعان . واختلفوا فى الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع ، فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل ؛ وروى عن مالك إجازته ؛ ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات وأجازه فى استثناء الغنم . وكذلك اختلف قول لمالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على أن يعينها بعد الشراء المشترى فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم . وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيله من حائط ؛ قال أبو عمر بن عبدالبر : فمنع ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم ، وألفت الكتاب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع ، لأنه استثناء مكيل من جزاف ؛ وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فإنهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه ، وحملوا النهى على الثنيا على ما فوق الثلث ، وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التى لايعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل مّا ، وهذا الأصل أيضا مختلف فيه ، أعنى إذا استثنى منها كيل معلوم . واختلف العلماء من هذا الباب فى بيع وإجارة معا فى عقد واحد ، فأجازه مالك وأصحابه ، ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعى ، لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ مجهولا ، ومالك يقول : إذا كانت الإجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا ، وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين فى بيعة . وأجمعوا على أنه لايجوز السلف أو البيع كما قلنا . واختلف قول مالك فى إجازة السلف والشركة ، فمرة أجاز ذلك ومرة منعه ، وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالأقل والأكثر فى وجود علل المنع فيها المنصوص عليها ، فمن قويت عنده علة المنع فى مسئلة منها منعها ، ومن لم تقو عنده أجازها ، وذلك راجع إلى ذوق المجتهد ، لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها إلى الضدين على السواء

عند النظر فيها ، ولعل فى أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ، ولهذا ذهب بعض العلماء فى أمثال هذه المسائل إلى التخيير .

الباب الخامس

فى البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ، وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ، ونهيه عن تلقى الركبان ، ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ، ونهيه عن النجش . وقد اختلف العلماء فى تفصيل معانى هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد . فقال مالك : معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لايبع بعضكم على بيع بعض » ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد ، وهى فى الحالة التى إذا ركن البائع فيها إلى السائم ولم يبق بينهما إلا شىء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها ، وبمثل تفسير مالك فسر أبوحنيفة هذا الحديث . وقال الثورى معنى « لايبع بعضكم على بيع بعض » أن لايطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولاغيره . وقال الشافعى : معنى ذلك إذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هى خير منها ، وهذا بناء على مذهبه فى أن البيع إنما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهى إنما يتناول حالة قرب لزوم البيع ، ومختلفان فى هذه الحالة ما هى لاختلافهما فيما به يكون اللزوم فى البيع على ما سنذكره بعد ، وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره ، وإن وقع مضى لأنه سوم على بيع لم يتم ؛ وقال داود وأصحابه : إن وقع فسخ فى أى حالة وقع تمسكا بالعموم ؛ وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت ؛ وأنكر ابن الماجشون ذلك فى البيع فقال : وإنما قال بذلك مالك فى النكاح ، وقد تقدم ذلك . واختلفوا فى دخول الذمى فى النهى عن سوم أحد على سوم غيره ، فقال الجمهور : لافرق فى ذلك بين الذمى وغيره ؛ وقال الأوزاعى : لابأس بالسوم على سوم الذمى لأنه ليس بأخى المسلم ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « لايَسُمْ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ » ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وإن كان الجمهور على جوازه . وسبب

الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة أو على الحظر ، ثم إذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الأحوال ، أو فى حالة دون حالة ؟ .

(فصل) وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع ، فاختلفوا فى مفهوم النهى ما هو ، فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة ، دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لايجوز أن يشترى أحد سلعة حتى تدخل السوق ، هذا إذا كان التلقى قريبا ، فإن كان بعيدا فلا بأس به ، وحد القرب فى المذهب بنحو من ستة أميال ، ورأى أنه إذا وقع جاز ، ولكن يشرك المشترى أهل الأسواق فى تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها . وأما الشافعى فقال إن المقصود بالنهى إنما هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقى ، لأن البائع يجهل سعر البلد ، وكان يقول : إذا وقع فرب السلعة بالخيار إن شاء أنفذ البيع أو رده . ومذهب الشافعى هو نص فى حديث أبى هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تَتَلَقَّوُا الجَلَبَ ، فَمَنْ تَلَقَّى مِنْهُ شَيْئاً فاشْتَرَاهُ فَصَاحِبُهُ بالخيار إذَا أتى السوقَ » خرجه مسلم وغيره.

(فصل) وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للباد ، فاختلف العلماء فى معنى ذلك ، فقال قوم : لايبيع أهل الحضر لأهل البادية قولا واحدا . واختلف عنه فى شراء الحضرى للبدوى ، فمرة أجازه ، وبه قال ابن حبيب ؛ ومرة منعه ، وأهل الحضر عنده هم الأمصار ؛ وقد قيل عنه إنه لايجوز أن يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ، وبمثل قول مالك قال الشافعى والأوزاعى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لابأس أن يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر ، وكرهه مالك ، أعنى أن يخبر الحضرى البادى بالسعر ، وأجازه الأوزاعى . والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو إرفاق أهل الحضر ، لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة ، وهى عندهم أرخص ، بل أكثر ما يكون مجانا عندهم : أى بغير ثمن ، فكأنهم رأوا أنه يكره أن ينصح الحضرى للبدوى ، وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام « الدِّينُ النَّصِيحَةُ » وبهذا تمسك فى جوازه أبو حنيفة . وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

« لا يَبِعْ حاضِرٌ لِبادٍ ذَرُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِن بَعْضٍ » وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب ، والأشبه أن يكون من باب غبن البدوى لأنه يرد والسعر مجهول عنده ، إلا أن تثبت هذه الزيادة ، ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء فى الحديث الثابت . واختلفوا إذا وقع فقال الشافعى : إذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » واختلف فى هذا المعنى أصحاب مالك ؛ فقال بعضهم : يفسخ ، وقال بعضهم : لايفسخ .

(فصل) وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش ، فاتفق العلماء على منع ذلك ، وأن النجش هو أن يزيد أحد فى سلعة وليس فى نفسه شراؤها ، يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشترى ؛ واختلفوا إذا وقع هذا البيع ، فقال أهل الظاهر : هو فاسد ؛ وقال مالك : هو كالعيب والمشترى بالخيار ، إن شاء أن يرد رد ، وإن شاء أن يمسك أمسك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : إن وقع أثم وجاز البيع . وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وإن كان النهى ليس فى نفس الشىء بل من خارج ؛ فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ؛ ومن قال ليس يتضمن أجازه . والجمهور على أن النهى إذا ورد لمعنى فى المنهى عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر ، وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ، ويشبه أن يدخل فى هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام فى بعض ألفاظه « إنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء، ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقال : لايمنع وهو بئر ولا بيع ماء . واختلف العلماء فى تأويل هذا النهى ، فحمله جماعة من العلماء على عمومه ، فقالوا : لايحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين فى أرض مملكة أو غير مملكة ، غير أنه إن كان متملكا كان أحق بمقدار حاجته منه ، وبه قال يحيى بن يحيى قال : أربع لاأرى أن يمنعن : الماء ، والنار ، والحطب ، والكلأ . وبعضهم خصص هذه الأحاديث بمعارضة الأصول لها ، وهو أنه لايحل مال أحد إلا بطيب نفس منه كما قال

عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الإجماع ، والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه ، فقال قوم : معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما ، فيروى زرع أحدهما فى بعض يومه ، ولا يروى فى اليوم الذى لشريكه زرعه ، فيجب عليه أن لايمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم . وقال بعضهم : إنما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بئره ، والتأويلان قريبان ، ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقا ، ثم نهى عن منع فضل الماء، فحملوا المطلق فى هذا الحديث على المقيد وقالوا: الفضل هو الممنوع فى الحديثين . وأما مالك فأصل مذهبه أن الماء متى كان فى أرض متملكة منبعه فهو لصاحب الأرض له بيعه ومنعه ، إلا أن يرد عليه قوم لاثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك، وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ فى الأرضين الغير متملكة ، فرأى أن صاحبها : أعنى الذى حفرها أولى بها ، فإذا روت ماشيته ترك الفضل للناس ، وكأنه رأى أن البئر لاتتملك بالإحياء . ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها ، وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة فى المبيع بين الأم وولدها ، لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِها فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيامَةِ » واختلفوا من ذلك فى موضعين فى وقت جواز التفرقة وفى حكم البيع إذا وقع . فأما حكم البيع فقال مالك : يفسخ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : لايفسخ وأثم البائع والمشترى . وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى إذا كان لعلة من خارج . وأما الوقت الذى ينتقل فيه المنع إلى الجواز؛ فقال مالك: حد ذلك الإثغار ؛ وقال الشافعى : حد ذلك سبع سنين أو ثمان ؛ وقال الأوزاعى : حده فوق عشر سنين ، وذلك أنه إذا نفع نفسه واستغنى فى حياته عن أمه . ويلحق بهذا الباب إذا وقع فى البيع غبن لايتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالمشهور فى المذهب أن لايفسخ . وقال عبد الوهاب : إذا كان فوق الثلث رد ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك؛ ولجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن ، وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له

أنه يغبن فى البيوع ، ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة ، وقوم رأوا ذلك فى الإخوة .

الباب السادس فى النهى من قبل وقت العبادات

وذلك إنما ورد فى الشرع فى وقت وجوب المشى إلى الجمعة فقط لقوله تعالى ـ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ـ وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب ، أعنى منع البيع عند الأذان الذى يكون بعد الزوال والإمام على المنبر . واختلفوا فى حكمه إذا وقع هل يفسخ أو لايفسخ ؟ ، فإن فسخ فعلى من يفسخ ؟ وهل يلحق سائر العقود فى هذا المعنى بالبيع أم لايلحق ؟ فالمشهور عن مالك أنه يفسخ ، وقد قيل لايفسخ ، وهذا مذهب الشافعى وأبى حنيفة . وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل النهى الوارد لسبب من خارج يقتضى فساد المنهى عنه أو لايقتضيه ؟ وأما على من يفسخ ؟ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لاعلى من لاتجب عليه . وأما أهل الظاهر فمقتضى أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع ، لأن فيها المعنى الذى فى البيع من الشغل به عن السعى إلى الجمعة ، ويحتمل أن لايلحق به لأنها تقع فى هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت ، فإذا فات فعلى جهة الحظر ، وإن كان لم يقل به أحد فى مبلغ علمى ، ولذلك مدح الله تاركى البيوع لمكان الصلاة ، فقال تعالى ـ رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَإِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ .

وإذ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثانى من النظر العام فى البيوع .

(القسم الثانى) والأسباب والشروط المصححة للبيع هى بالجملة ضد الأسباب المفسدة له ، وهى منحصرة فى ثلاثة أجناس : النظر الأول : فى العقد . والثانى : فى المعقود عليه . والثالث : فى العاقدين ، ففى هذا القسم ثلاثة أبواب .

الباب الأول فى العقد

والعقد لايصح إلا بألفاظ البيع والشراء التى صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع : قد بعت منك ، ويقول المشترى : قد اشتريت منك ، وإذا قال له بعنى سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها . فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتى فى ذلك بعذر ، وعند الشافعى أنه لايتم البيع حتى يقول المشترى قد اشتريت ، وكذلك إذا قال المشترى للبائع : بكم تبيع سلعتك ؟ فيقول المشترى بكذا وكذا ، فقال : قد اشتريت منك . اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك ، وعند الشافعى أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية ، ولا أذكر لمالك فى ذلك قولا ، ولا يكفى عند الشافعى المعاطاة دون قول ، ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين فى اللزوم لايتراخى أحدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس ، أعنى أنه متى قال البائع قد بعت سلعتى بكذا وكذا فسكت المشترى ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت أنه لايلزم ذلك البائع . واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة : إن البيع يلزم فى المجلس بالقول وإن لم يفترقا؛ وقال الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم : البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا، فليس يلزم البيع ولا ينعقد ، وهو قول ابن أبى ذئب فى طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى وشريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم ، وهو مروى عن ابن عمر وأبى برزة الأسلمى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المُتَبايِعانِ كُلٌّ واحِدٍ مِنْهُما بالخِيارِ على صَاحِبِهِ ما لَمْ يَفْتَرِقا إلا بيعَ الخيارِ » ، وفى بعض روايات هذا الحديث « إلاَّ أنْ يَقُولَ أحَدُهُما لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ » وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد . وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم فى رد العمل بهذا الحديث . فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله فى رد العمل به أنه

لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال : « أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان » فكأنه حمل هذا على عمومه ، وذلك يقتضى أن يكون فى المجلس وبعد المجلس، ولو كان المجلس شرطاً فى انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين حكم الاختلاف فى المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل الافتراق من المجلس ، وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول، وبخاصة أنه لايعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن ينبنى هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسندا فيما أحسب . فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية ، وعلى القياس ، فمن أظهر الظاهر فى ذلك قوله عز وجل - يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود - والعقد هو الإيجاب والقبول والأمر على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ، لأن له عندهم أن يرجع فى البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا . وأما القياس فإنهم قالوا : عقد معاوضة ، فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد ، فلما قيل لهم إن الظواهر التى تحتجون بها يخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق لكم فى مقابلة الحديث إلا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وإن كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . قالوا : وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين . قالوا : ولنا فيه تأويلان : أحدهما أن المتبايعين فى الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع ، فقيل لهم إنه يكون الحديث على هذا لافائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذ لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل الآخر فقالوا إن التفرق ههنا إنما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى - وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته - والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة ، والحقيقة هى التفرق بالأبدان ، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى ، والحكمة فى ذلك هى لموضع الندم . فهذه هى أصول الركن الأول الذى هو العقد .

(وأما الركن الثانى) الذى هو المعقود عليه ، فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا ، وقد تقدم المختلف فى هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف فى ذلك ، فلا معنى لتكراره . والغرر ينتفى عن الشىء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه ، وذلك فى الطرفين الثمن والمثمون معلوم الأجل أيضا إن كان بيعا مؤجلا .

(وأما الركن الثالث) وهما العاقدان ، فإنه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة بالغين ، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما ، إما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد إلا أن يكون العبد مأذونا له فى التجارة . واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى ، هل ينعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرض فسخ ، وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير إذنه ، على أنه إن رضى المشترى صح الشراء وإلا لم يصح ، فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعا ، وأجازه مالك فى الوجهين جميعا ؛ وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء . وعمدة المالكية ما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقى دينارا وقال : اشْتَرِ لَنا مِنْ هَذَا الجَلَبِ شاةً ، قال : فاشتريت شاتين بدينار وبعت إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار ، فقلت : يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال : اللَّهُمَّ بارِكْ لَهُ فى صَفْقَةِ يَمِينِهِ » ووجه الاستدلال منه أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبى حنيفة فى صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعى فى الأمرين جميعا . وعمدة الشافعى النهى الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، المالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا : والدليل على ذلك أن النهى مما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده . وسبب الخلاف المسئلة المشهورة ، هل إذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم ؟ فهذه هى أصول هذا القسم ، وبالجملة فالمنظر فى هذا القسم هو منطو بالقوة فى الجزء الأول ، ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى أن يفرد بالتكلم فيه . وإذ قد تكلمنا فى هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر إلى القسم الثالث ، وهو القول فى الأحكام العامة للبيوع الصحيحة .

(القسم الثالث : فى الأحكام العامة للبيوع الصحيحة) وهذا القسم تنحصر أصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع فى أربع جمل : الجملة الأولى : فى أحكام وجود العيب فى المبيعات . والجملة الثانية: فى الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك البائع إلى ملك المشترى. والثالثة : فى معرفة الأشياء التى تتبع المبيع مما هى موجودة فيه فى حين البيع من التى لاتتبعه . والرابعة : فى اختلاف المتبايعين، وإن كان الأليق به كتاب الأقضية . وكذلك أيضا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق ، وكذلك الشفعة هى أيضا من الأحكام الطارئة عليه ، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

(الجملة الأولى) وهذه الجملة فيها بابان : الباب الأول : فى أحكام وجود العيوب فى البيع المطلق . والباب الثانى : فى أحكامهما فى البيع بشرط البراءة .

الباب الأول فى أحكام العيوب فى البيع المطلق

والأصل فى وجود الرد بالعيب قوله تعالى - إلاَّ أنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ - وحديث المصرّاة المشهور ، ولما كان القائم بالعيب لايخلو أن يقوم فى عقد يوجب الرد ، أو يقوم فى عقد لايوجب ذلك ، ثم إذا قام فى عقد يوجب الرد ، فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أو لايوجبه ، ثم إن قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أو لايكون ، فإن كان لم يحدث فما حكمه ؟ وإن كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها ؟ كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة : الفصل الأول : فى معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم ، من التى لايجب ذلك فيها . الثانى : فى معرفة العيوب التى توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها . الثالث : فى معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير : الرابع : فى معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها . الخامس : فى القضاء فى هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين ، وإن كان أليق بكتاب الأقضية .

الفصل الأول

في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لايجب فيها

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة ، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لاخلاف أيضا في أنه لاتأثير للعيب فيها ، كالهبات لغير الثواب والصدقة ؛ وأما ما بين هذين الصنفين من العقود . أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لاحكم فيها بوجود العيب ، وقد قيل يحكم به إذا كان العيب مفسدا .

الفصل الثاني

في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها

وفي هذا الفصل نظران : أحدهما : في العيوب التي توجب الحكم . والنظر الثاني في الشرط الموجب له .

(النظر الأول) فأما العيوب التي توجب الحكم : فمنها عيوب في النفس ؛ ومنها عيوب في البدن ، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوبا من قبل الشرط ؛ ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وإن لم يشترط وجود أضدادها في المبيع ؛ وهذه هي التي فقدها نقص في أصل الخلقة ؛ وأما العيوب الأخر فهي التي أضدادها كمالات ، وليس فقدها نقصا مثل الصنائع ، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس ، وقد يوجد في أحوال الجسم . والعيوب الجسمانية ، منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس ، ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس . والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع ؛ وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص ، فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع ، كالخفاض في الإماء ، والختان في العبيد ؛ ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ، ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين

الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك فى نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذى يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عمن تقدمه ، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره ، فمن ذلك وجود الزنى فى العبيد . اختلف العلماء فيه ؛ فقال مالك والشافعى : هو عيب ؛ وقال أبو حنيفة : ليس بعيب وهو نقص فى الخلق الشرعى الذى هو العفة ؛ والزواج عند مالك عيب ، وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال ، وكذلك الدين ، وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون فى الشىء وقد يكون من خارج ؛ وقال الشافعى : ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب . والحمل فى الرائعة عيب عند مالك . وفى كونه عيبا فى الوخش خلاف فى المذهب . والتصرية عند مالك والشافعى عيب وهو حقن اللبن فى الثدى أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير ، وحجتهم حديث المصرّاة المشهور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لاتُصَرُّوا الإبِلَ والبَقَرَ ، فَمَنْ فَعَلَ ذلكَ فَهوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إنْ شاءَ أمْسَكَهَا وإنْ شاءَ رَدَّها وصَاعا مِنْ تَمْرٍ » قالوا : فأثبت له الخيار بالرد مع التصرية ، وذلك دالّ على كونه عيبا مؤثرا . قالوا : وأيضا فإنه مدلِّس ، فأشبه التدليس بسائر العيوب . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب . قالوا : وحديث المصراة يجب أن لايوجب عملا لمفارقته الأصول ، وذلك أنه مفارق للأصول من وجوه : فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام « الخَرَاجُ بالضَّمانِ » وهو أصل متفق عليه ؛ ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة ، وذلك لايجوز باتفاق ؛ ومنها أن الأصل فى المتلفات إما القيم وإما المثل ، وإعطاء صاع من تمر فى لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول : أى الجزاف بالمكيل المعلوم ، لأن اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر ، وأيضا فإنه يقل ويكثر ، والعوض ههنا محدود ، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث ، وهذا كأنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص . ولكن اطرد إليه القول فلنرجع إلى حيث كنا فنقول : إنه لاخلاف عندهم فى العور والعمى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة ، وكذلك المرض فى أى عضو كان ، أو كان فى جملة

البدن ، والشيب فى المذهب عيب فى الرائعة ، وقيل لابأس باليسير منه فيها ، وكذلك الاستحاضة عيب فى الرقيق والوخش ، وكذلك ارتفاع الحيض عيب فى المشهور من المذهب ، والزَّعَر عيب . وأمراض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق . وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر فى القيمة : أعنى نقص منها فهو عيب ، والبول فى الفراش عيب ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة : تردّ الجارية به ، ولا يرد العبد به ، والتأنيث فى الذكر والتذكير فى الأنثى عيب هذا كله فى المذهب إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثانى) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو فى العهدة عند من يقول بها ، فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء فى العهدة فنقول : انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه فى ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ، ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع ، وهى عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام ، وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى . وعهدة السنة ، وهى من العيوب الثلاثة : الجذام والبرص والجنون ، فما حدث فى السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع ، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الأصل . وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى إلا من الأدواء الثلاثة ، وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق ، وهى أيضا واقعة فى أصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعا لا فى الذمة ، هذا ما لا اختلاف فيه فى المذهب ، واختلف فى غير ذلك . وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث فى الأشهر من المذهب ، وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث إن كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث . وعهدة السنة لاتتداخل مع عهدة الاستبراء ، هذا هو الظاهر من المذهب ، وفيه اختلاف . وقال الفقهاء السبعة : لايتداخل منها عهدة مع ثانية ، فعهدة الاستبراء أوّلا ، ثم عهدة الثلاث ، ثم عهدة السنة . واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها ؟ فروى عنه الوجهان ، فإذا قيل لايلزم أهل هذه البلد إلا أن يكونوا قد

حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان فى المذهب ، ولا يلزم النقد فى عهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم فى عهدة السنة ؛ والعلة فى ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع ، فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة فى مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة ، فلنرجع إلى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . وأما عمدة مالك رحمه الله فى العهدة وحجته التى عوّل عليها ، فهى عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فإنهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة ابن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ » وروى أيضا « لَا عُهْدَةَ بَعْدَ أَرْبَعٍ » وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزارى رضى الله عنه ، وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول ، فإنهم اختلفوا فى سماع الحسن عن سمرة ، وإن كان الترمذى قد صححه وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم فى العهدة أثر ، ورأوا أنها لو صحت مخالفة للأصول ، وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهى من المشترى ، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر إنما يكون بسماع ثابت ، ولهذا ضعف عند مالك فى أحد الروايتين عنه أن يقضى بها فى كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفا فى البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة ، فإنه لم يأت فى ذلك أثر . وروى الشافعى عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سالفا . وإذ قد تقرر القول فى تمييز العيوب التى توجب حكما من التى لاتوجبه وتقرر الشرط فى ذلك ، وهو أن يكون العيب حادثا قبل البيع أو فى العهدة عند من يرى العهدة ، فلنصر إلى ما بقى .

الفصل الثالث

فى معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير

وإذا وجدت العيوب ، فإن لم يتغير المبيع بشىء من العيوب عند المشترى فلا يخلو أن يكون فى عقار أو عروض أو فى حيوان ، فإن كان فى حيوان فلا خلاف أن المشترى مخير بين أن يردّ المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شىء له . وأما إن كان عقار فمالك يفرق فى ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول : إن

كان العيب يسيرا لم يجب الرد ، ووجبت قيمة العيب وهو الأرش ، وإن كان كثيرا وجب الرد ، هذا هو الموجود المشهور فى كتب أصحابه ، ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . وأما العروض فالمشهور فى المذهب أنها ليست فى هذا الحكم بمنزلة الأصول ، وقد قيل إنها بمنزلة الأصول فى المذهب ، وهذا الذى كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدى رحمة الله عليهما ، وكان يقول : إنه لافرق فى هذا المعنى بين الأصول والعروض ، وهذا الذى قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل فى الأصول : أعنى أن يفرق فى ذلك أيضا فى العروض ، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار ، ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التى قلت فى الأصول ، ولم يختلف قولهم فى الحيوان إنه لافرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) وإذ قد قلنا إن المشترى يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شىء له ، فإن اتفقا على أن يمسك المشترى سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب ، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك ، إلا ابن سريج من أصحاب الشافعى فإنه قال : ليس لهما ذلك لأنه خيار فى مال ، فلم يكن له إسقاطه بعوض كخيار الشفعة . قال القاضى عبد الوهاب : وهذا غلط ، لأن ذلك حق للمشترى فله أن يستوفيه : أعنى أن يرد ويرجع بالثمن ، وله أن يعاوض على تركه ، وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهد لنا ، فإن له عندنا تركه إلى عوض يأخذه ، وهذا لاخلاف فيه . وفى هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض : أحدهما هل إذا اشترى المشترى أنواعا من المبيعات فى صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا ، فهل يرجع بالجميع ، أو بالذى وجد فيه العيب ؟ فقال قوم : ليس له إلا أن يرد الجميع أو يمسك ، وبه قال أبو ثور والأوزاعى ، إلا أن يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة ، فإن هذا مما لاخلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط ، وإنما الخلاف إذا لم يسم . وقال قوم : يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير ، وممن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره : وروى عن الشافعى القولان معا . وفرق مالك فقال : ينظر فى المعيب ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته . وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال : إن وجد العيب قبل القبض رد

الجميع ، وإن وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن . فى هذه المسئلة أربعة أقوال : فحجة من منع التبعيض فى الرد أن المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشترى والبائع ، وكذلك الذى يبقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها : ويمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التى أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد فى البعض المعيب ولا بد فلأنه موضع ضرورة ، فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على أن ما فات فى البيع فليس فيه إلا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك المعيب إذا لم يكن مقصودا فى المبيع فليس كبير ضرر فى أن لايوافق الثمن الذى أقيم به أراده المشترى أو البائع . وأما عند ما يكون مقصودا أو جل المبيع فيعظم الضرر فى ذلك . واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب فى قيمة الجميع أو فى قيمة المعيب خاصة . وأما تفريق أبى حنيفة بين أن يقبض أو لايقبض ، فإن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ، وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع ، وحكم الاستحقاق فى هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

(وأما المسئلة الثانية) فإنهم اختلفوا أيضا فى رجلين يبتاعان شيئا واحدا فى صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر ، فقال الشافعى : لمن أراد الرد أن يرد ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك ، وقيل ليس له أن يرد ؛ فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين ، لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ؛ ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب .

الفصل الرابع

فى معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها

وأما إن تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم فى ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير . فأما إن تغير بموت أو فساد أو عتق ، ففقهاء الأمصار على أنه فوت ، ويرجع المشترى على البائع بقيمة العيب . وقال عطاء بن أبى رباح : لايرجع فى الموت والعتق بشىء . وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها . وكذلك التدبير عندهم ، وهو

القياس فى الكتابة . وأما تغيره فى البيع فإنهم اختلفوا فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعى : إذا باعه لم يرجع بشىء ، وكذلك قال الليث . وأما مالك فله فى البيع تفصيل ، وذلك أنه لايخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ، ولا يخلو أيضا أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب . وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب ، وإن باعه بأكثر من الثمن نظر ، فان كان البائع الأول مدلسا : أى عالما بالعيب لم يرجع الأول على الثانى بشىء ، وإن لم يكن مدلسا رجع الأول على الثانى فى الثمن والثانى على الأول أيضا ، وينفسخ البيعان ويعود المبيع إلى ملك الأول ، فإن باعه من عند بائعه منه ، فقال ابن القاسم : لارجوع له بقيمة العيب ، مثل قول أبى حنيفة والشافعى ؛ وقال ابن عبد الحكم : له الرجوع بقيمة العيب ؛ وقال أشهب : يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن ، هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه ، وعلى هذا لايرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر ، وبه قال عثمان البتى . ووجه قول ابن القاسم والشافعى وأبى حنيفة أنه إذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا من غير أن يعتبر تأثير بالعيب فى ذلك العوض الذى هو الثمن ، ولذلك متى قام عليه المشترى منه بعيب رجع على البائع الأول بلا خلاف . ووجه القول الثانى تشبيهه البيع بالعتق . ووجه قول عثمان وأشهب أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الإمساك أو الرد للجميع ، فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن ، فليس له إلا ما نقص إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب . وقال مالك : إن وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب ؛ وقال أبو حنيفة لا يرجع ، لأن هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للأجر ، فيكون رضاه بإسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقاس الهبة على العتق ، وقد كان القياس أن لايرجع فى شىء من ذلك إذا فات ولم يمكنه الرد ، لأن إجماعهم على أنه إذا كان فى يده فليس يجب له إلا الرد أو الإمساك ، دليل على أنه ليس للعيب تأثير فى إسقاط شىء من الثمن ، وإنما له تأثير فى فسخ البيع فقط . وأما العقود التى يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والإجارة فاختلف فى ذلك أصحاب مالك ، فقال ابن القاسم : لايمنع ذلك من

الرد بالعيب إذا رجع إليه المبيع ؛ وقال أشهب : إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب ، وقول ابن القاسم أولى ، والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى أنها فوت ، فهذه هى الأحوال التى تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

باب فى طرو النقصان

وأما إن طرأ على المبيع نقص فلا يخلو أن يكون النقص فى قيمته أو فى البدن أو فى النفس. فأما نقصان القيمة لاختلاف الأسواق ، فغير مؤثر فى الرد بالعيب بإجماع . وأما النقصان الحادث فى البدن، فإن كان يسيرا غير مؤثر فى القيمة فلا تأثير له فى الرد بالعيب ، وحكمه حكم الذى لم يحدث ، وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث فى البدن المؤثر فى القيمة ، فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال: أحدها أنه ليس له أن يرجع إلا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك إذا أبى البائع من الرد ، وبه قال الشافعى فى قوله الجديد وأبو حنيفة . وقال الثورى : ليس له إلا أن يرد ، ويرد مقدار العيب الذى حدث عنده ، وهو قول الشافعى الأول . والقول الثالث قول مالك : إن المشترى بالخيار بين أن يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذى حدث عنده ، وأنه إذا اختلف البائع والمشترى ، فقال البائع للمشترى : أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك ، وقال المشترى : بل أنا أمسك المبيع ، وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك ، فالقول قول المشترى والخيار له ، وقد قيل فى المذهب القول قول البائع ، وهذا إنما يصح على قول من يرى أنه ليس للمشترى إلا أن يمسك أو يرد وما نقص عنده . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : له أن يرد ولا شىء عليه . وأما حجة من قال : إنه ليس للمشترى إلا أن يرد ويرد قيمة العيب ، أو يمسك ، فلأنه قد أجمعوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس إلا الرد ، فوجب استصحاب حال هذا الحكم ، وإن حدث عند المشترى عيب مع إعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده . وأما من رأى أنه لا يرد المبيع بشىء وإنما له قيمة العيب الذى كان عند البائع ، فقياسا على العتق والموت

لكون هذا الأصل غير مجمع عليه ، وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار ، لأن البائع لايخلو من أحد أمرين : إما أن يكون مفرّطا فى أنه لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى ، أويكون علمه فدلس به على المشترى . وعند مالك أنه إذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع إليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده ، فإن مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت أنه دلس فيه . وأما حجة أبى محمد ، فلأنه أمر حدث من عند الله كما لو حدث فى ملك البائع ، فإن الرد بالعيب دالّ على أن البيع لم ينعقد فى نفسه ، وإنما انعقد فى الظاهر ، وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير فى نقصه إلا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله ، فهذا حكم العيوب الحادثة فى البدن . وأما العيوب التى فى النفس كالإباق والسرقة ، فقد قيل فى المذهب إنها تُفيتُ الرد كعيوب الأبدان ، وقيل لا ، ولا خلاف أن العيب الحادث عند المشترى إذا ارتفع بعد حدوثه أنه لاتأثير له فى الرد إلا أن لاتؤمن عاقبته . واختلفوا من هذا الباب فى المشترى يطأ الجارية ، فقال قوم : إذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب ، وسواء كانت بكرا أو ثيبا ؛ وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : يرد قيمة الوطء فى البكر ولا يردها فى الثيب ؛ وقال قوم : بل يردها ويرد مهر مثلها ، وبه قال ابن أبى شبرمة وابن أبى ليلى ؛ وقال سفيان الثورى : إن كانت ثيبا رد نصف العشر من ثمنها ، وإن كانت بكرا رد العشر من ثمنها ؛ وقال مالك : ليس عليه فى وطء الثيب شىء لأنه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشترى الخيار على ما سلف من رأيه ، وقد روى مثل هذا القول عن الشافعى ؛ وقال عثمان البتى : الوطء معتبر فى العرف فى ذلك النوع من الرقيق ، فإن كان له أثر فى القيمة رد البائع ما نقص ، وإن لم يكن له أثر لم يلزمه شىء ، فهذا هو حكم النقصان الحادث فى المبيعات . وأما الزيادة الحادثة فى المبيع : أعنى المتولدة المنفصلة منه ، فاختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعى إلى أنها غير مؤثرة فى الرد وأنها للمشترى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الخَرَاجُ بالضمان » . وأما مالك

فاستثنى من ذلك الولد فقال : يرد للبائع ، وليس للمشترى إلا الرد الزائد مع الأصل أو الإمساك . قال أبو حنيفة : الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب . وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل فى العقد ، فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى أرش العيب إلا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة فى نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فإنها إن كانت مثل الصبغ فى الثوب والرقم فى الثوب فإنها توجب الخيار فى المذهب ، إما الإمساك والرجوع بقيمة العيب ، وإما فى الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء فى البدن مثل السِّمَن فقد قيل فى المذهب يثبت به الخيار للمشترى ، وقيل لا يثبت ، وكذلك النقص الذى هو الهزال ، فهذا هو القول فى حكم التغيير .

الفصل الخامس

فى القضاء فى اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين

وأما صفة الحكم فى القضاء بهذه الأحكام فإنه إذا تقارَّ البائع والمشترى على حالة من هذه الأحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال ، فإن أنكر البائع دعوى القائم ، فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده . فإن أنكر وجود العيب بالمبيع فإن كان العيب يستوى فى إدراكه جميع الناس كفى فى ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة مَّا ، شهد به أهل تلك الصناعة ، فقيل فى المذهب عدلان . وقيل لا يشترط فى ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام ، وكذلك الحال إن اختلفوا فى كونه مؤثرا فى القيمة ، وفى كونه أيضا قبل أمد التبايع أو بعده ، فإن لم يكن للمشترى بينة حلف البائع أنه ما حدث عنده ، وإن لم تكن له بينة [1] على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما إذا وجب الأرش فوجه الحكم فى ذلك أن يقوم الشىء سليما ويقوم معيبا ويرد المشترى ما بين ذلك ، فإن وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات : تقويم وهو سليم ، وتقويم

(١) لعله وإن كانت له بينة .

بالعيب الحادث عند البائع ، وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى ، فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة ، وإن أبى المشترى الرد وأحب الإمساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

الباب الثانى فى بيع البراءة

اختلف العلماء فى جواز هذا البيع . وصورته أن يشترط البائع على المشترى التزام كل عيب يجده فى المبيع على العموم ، فقال أبو حنيفة : يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه ، سماه أو لم يسمه ، أبصره أو لم يبصره ، وبه قال أبو ثور . وقال الشافعى فى أشهر قوليه وهو المنصور عند أصحابه لايبرأ البائع إلا من عيب يريه للمشترى ، وبه قال الثورى . وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب ، وذلك فى الرقيق خاصة ، إلا البراءة من الحمل فى الجوارى الرائعات ، فإنه لايجوز عنده لعظم الغرر فيه ، ويجوز فى الوخش . وعنه فى رواية ثانية : أنه يجوز فى الرقيق والحيوان . وفى رواية ثالثة مثل قول الشافعى . وقد روى عنه أن بيع البراءة إنما يصح من السلطان فقط ، وقيل فى بيع السلطان وبيع المواريث ، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة . وحجة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشترى قبل البائع ، فإذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة . وحجة من لم يجزه على الإطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ، ومن باب الغبن والغش فيما علمه ، ولذلك اشترط جهل البائع مالك . وبالجملة فعمدة مالك ما رواه فى الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه ، فاختصما إلى عثمان ، فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم يسمه لى ، وقال عبد الله : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد . وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة . وإنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم فى الأكثر خافية . وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشترى ،

ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات فى صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لايجوز أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة فى الثمن ، ولذلك حكى ابن القاسم فى المدونة عن مالك أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة إلا ما خفف فيه السلطان ، وفى قضاء الديون خاصة . وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب لايتجاوز فيها ثلث المبيع ، والبراءة بالجملة إنما تلزم عند القائلين بالشرط : أعنى إذا اشترطها إلا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط . فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازه وفى شرط جوازه ، وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ، ولمن يجوز بالشرط أو مطلقا ، وهذه كلها قد تقدمت بالقوة فى قولنا فاعلمه .

(الجملة الثانية : فى وقت ضمان المبيعات) واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه المشترى المبيع أنى تكون خسارته إن هلك منه . فقال أبو حنيفة والشافعى : لايضمن المشترى إلا بعد القبض . وأما مالك فله فى ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده فى هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية ، وهو الجزاف أو ما لايوزن ولا يكال ولا يعد . فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشترى إلا بعد القبض . وأما ماليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف فى المذهب أن ضمانه من المشترى وإن لم يقبضه . وأما المبيع الغائب ، فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات : أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع . والثانية أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع . والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء . والخلاف فى هذه المسئلة مبنى هل على القبض شرط من شروط العقد ، أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر فى هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ؛ ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع وقد انعقد ولزم قال : العقد يدخل فى ضمان المشترى . وتفريق مالك بين الغائب والحاضر ، والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ، ومعنى الاستحسان فى أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل . وذهب أهل

الظاهر إلى أن بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وفيما أحسب ، وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشترى ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى مكة قال له « انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ ما لَمْ يَقْبِضُوا وَرِبْحِ ما لَمْ يَضْمَنُوا » وقد تكلمنا فى شرط القبض فى المبيع فيما سلف ، ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشترى بعد القبض إلا فى العهدة والجوائح . وإذ قد ذكرنا العهدة فينبغى أن نذكر ههنا الجوائح .

القول فى الجوائح

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار ، فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ، ومنعها أبو حنيفة والثورى والشافعى فى قوله الجديد والليث . فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ باعَ تَمْرًا فأصَابَتْهُ جائحةٌ فلا يأخُذْ مِنْ أخيهِ شَيْئاً ، عَلَى ماذَا يأخُذُ أحَدُكُمْ مالَ أخيهِ ؟ » خرجه مسلم عن جابر . وماروى عنه أنه قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح » . فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان ، وقياس الشبه أيضا ، وذلك أنهم قالوا : إنه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية ، بدليل ماعليه من سقيه إلى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثنى من النهى عن بيع ما لم يخلق ، فوجب أن يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات . وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وأن التخلية فى هذا المبيع هو القبض . وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع أيضا حديث أبى سعيد الخدرى قال « أجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ . فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوا ما وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إلاَّ ذلكَ » قالوا : فلم يحكم

بالجائحة . فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيهما وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الأصل عنده بالتأويل ، فقال من منع الجائحة : يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لايبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه ، وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور ، وقال من أجازها فى حديث أبى سعيد : يمكن أن يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقدارا لايلزم فيه جائحة ، أو أن يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة ، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر ، وكان يضعفه ويقول : إنه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال : إن ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ، ولاخلاف بينهم فى القضاء بالجائحة بالعطش ، وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على إثباتها .

والكلام فى أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول : الأول : فى معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح . الثانى فى محل الجوائح من المبيعات الثالث : فى مقدار ما يوضع منه فيه . الرابع : فى الوقت الذى توضع فيه .

الفصل الأول فى معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن ، فلا خلاف فى المذهب أنه جائحة . وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة . وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة . والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين : فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة [1] جائحة مثل السرقة ، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأى وجه كان ، فمن جعلها فى الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام

---

(١) غافصه : أخذه على غرة .

« أرأيْتَ إنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ ؟ » ومن جعلها فى أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال : يمكن أن يتحفظ منه .

الفصل الثانى فى محل الجوائح من المبيعات

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول . فأما الثمار فلا خلاف فيها فى المذهب . وأما البقول ففيها خلاف ، والأشهر فيها الجائحة . وإنما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالأصل الذى هو الثمر .

الفصل الثالث فى مقدار مايوضع منه فيه

وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة ، أما فى الثمار فالثلث ، وأما فى البقول فقيل فى القليل والكثير ، وقيل فى الثلث ، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل، وأشهب يعتبر الثلث فى القيمة ، فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن ، وسواء كان ثلثا فى الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل ، فإن كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه حطّ عنه من الثمن الثلث ، وإن كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم ، أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع ، فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ، ففى موضع يعتبر المكيلة فقط ، حيث تستوى القيمة فى أجزاء الثمرة وبطونها وفى موضع يعتبر أمرين جميعا حيث تختلف القيمة ، والمالكية يحتجون فى مصيرهم إلى التقدير فى وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بأن القليل فى هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوما أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكأن المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق ، وأيضا فإن الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير . قالوا : وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث ، إذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة ، وإن كان المذهب يضطرب فى هذا الأصل ، فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله إياه ههنا ، ومرة يجعله فى حيز القليل، ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس،

عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعى : لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير ، وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام « الثلث، والثلث كثير » .

الفصل الرابع فى الوقت الذى توضع فيه

وأما زمان القضاء بالجائحة ، فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رءوس الشجر حيث يستوفى طيبه . واختلفوا إذا أبقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا ، فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه ، وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة ؛ فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ؛ ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة ، أعنى من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال : بوجوب الجائحة فيه ؛ ومن لم ير الأمر فيهما واحدا قال : ليس فيه جائحة ، ومن ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول .

(الجملة الثالثة من جمل النظر فى الأحكام) وهو فى تابعات المبيعات . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان : الأولى بيع النخيل وفيها الثمر متى يتبع بيع الأصل ومتى لا يتابعه ؟ فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلا فيها ثمر قبل أن يؤبر فإن الثمر للمشترى ، وإذا كان البيع بعد الإبار فالثمر للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل ، وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ باعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُها للبائِعِ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتاعُ » قالوا : فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمن للبائع بعد الإبار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشترى قبل الإبار بلا شرط ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هى للبائع قبل الإبار وبعده ، ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأحرى والأولى ، قالوا : وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الإبار فهى أحرى أن تجب له قبل الإبار . وشبهوا خروج الثمر بالولادة ، وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأمر فى الثمن . وقال ابن أبى ليلى : سواء أبر

أو لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها ، فرد الحديث بالقياس ، لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ، ولا معنى لهذا القول إلا إن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث ، وإنما خالف مفهوم الدليل فيه . فإذاً سبب الخلاف فى هذه المسئلة بين أبى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأحرى والأولى ، وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف ، وإن كان فى الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى فمعارضة القياس للسماع ، وهو كما قلنا ضعيف . والإبار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل فى طلع إناثها ، وفى سائر الشجر أن تنوّر وتعقد ، والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى معنى الإبار ، وإبار الزرع مختلف فيه فى المذهب ، فروى ابن القاسم عن مالك أن إباره أن يفرك قياسا على سائر الثمر ، وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبار أو وقت الإبار ؟ قيل الوقت ، وقيل الإبار ، وعلى هذا ينبنى الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض ؛ هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أولا يتبعه ؟ واتفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع ثمر وقد دخل وقت الإبار فلم يؤبر أن حكمه حكم المؤبر .

(المسئلة الثانية) وهى اختلافهم فى بيع مال العبد ، وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق ؟ على ثلاثة أقوال : أحدها أن ماله فى البيع والعتق لسيده ، وكذلك فى المكاتب ، وبه قال الشافعى والكوفيون . والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق ، وهو قول داود وأبى ثور . والثالث أنه تبع له فى العتق لا فى البيع إلا أن يشترطه المشترى ، وبه قال مالك والليث . فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيده إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ باعَ عَبْداً وَلَهُ مالٌ فَمالُهُ للَّذى باعَهُ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتاعُ » ومن جعله لسيده فى العتق فقياسا على البيع . وحجة من رأى أنه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا : أعنى هل يملك العبد أو لا يملك ؟ ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على السماع ، لأن حديثه

ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما ، لأن نافعا رواه عن ابن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع . وقال مالك فى الموطإ : الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ أعْتَقَ غُلاما فَمَالُهُ لَهُ إلاَّ أنْ يَسْتَثْنِيَهُ سَيِّدُهُ » ويجوز عند مالك أن يشترى العبد وماله بدراهم ، وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم . وخالفه أبو حنيفة والشافعى إذا كان مال العبد نقدا ، وقالوا : العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لايجوز فيهما إلا ما يجوز فى سائر البيوع . واختلف أصحاب مالك فى اشتراط المشترى لبعض مال العبد فى صفقة البيع ، فقال ابن القاسم : لايجوز ، وقال أشهب : جائز أن يشترط بعضه ، وفرق بعضهم فقال : إن كان ما اشترى به العبد عينا وفى مال العبد عين لم يجز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم ، وإن كان ما اشترى به عروضا أو لم يكن فى مال العبد دراهم جاز . ووجه قول ابن القاسم إنه لايجوز أن يشترط بعض تشبيهه بثمر النخل بعد الإبار . ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل ، وفى هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه .

ومن مشهور مسائلهم فى هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان فى الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضى به المتبايعان ، أعنى أن يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع ، هل يتبع حكم الثمن أم لا ؟ وفائدة الفرق أن من قال هى من الثمن أوجب ردها فى الاستحقاق وفى الرد بالعيب وما أشبه ذلك ، وأيضا من جعلها فى حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة البيع ، ومن لم يجعلها من الثمن : أعنى الزيادة لم يوجب شيئا من هذا ، فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لاتثبت الزيادة فى حق الشفيع ولا فى بيع المرابحة ، بل الحكم للثمن الأول ، وبه قال مالك ؛ وقال الشافعى : لاتلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو فى حكم الهبة ، واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ـ ولا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فيما تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الفَرِيضَةِ ـ قالوا : وإذا لحقت الزيادة فى الصداق بالصداق

لحقت فى البيع بالثمن . واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على أنها لاتلحق فى الشفعة وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال : الزيادة هبة ؛ ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الجملة الرابعة) وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون فى التفصيل ، أعنى فى الوقت الذى يحكم فيه بالأيمان والتفاسخ ، فقال أبو حنيفة وجماعة : إنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة ، فإن فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه . وقال الشافعى ومحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة وأشهب صاحب مالك : يتحالفان فى كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان : إحداهما أنهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى . والرواية الثانية مثل قول أبى حنيفة ؛ وهى رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب ، والفوت عنده يكون بتغيير الأسواق وبزيادة المبيع ونقصانه . وقال داود وأبو ثور : القول قول المشترى على كل حال ، وكذلك قال زفر ، إلا أن يكونا اختلفا فى جنس الثمن ، فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ، ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا فى جنس الثمن أو المثمون أن الواجب هو التحالف والتفاسخ ، وإنما صار فقهاء الأمصار إلى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيُّمَا بَيِّعَيْنِ تبايعا فالقَوْلُ قَوْلُ البائِعِ أوْ يَتَرادَّانِ » فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال : يتحالفان فى كل حال ويتفاسخان ، والعلة فى ذلك عنده أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يحمل على الحالة التى يجب أن يتساوى فيها دعوى البائع والمشترى قال : إذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهدا للمشترى وشبهة لصدقه ، واليمين إنما يجب على أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا هو أصل مالك فى الأيمان ، ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى ، وفى مواضع على المدعى عليه ، وذلك أنه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه من حيث هو مدعى عليه ، وإنما وجبت عليه من حيث هو فى الأكثر أقوى شبهة ، فإذا كان المدعى فى مواطن أقوى شبهة وجب

أن يكون اليمين فى حيزه . وأما من رأى القول قول المشترى ، فإنه رأى أن البائع مقر للمشترى بالشراء ومدّع عليه عددا مّا فى الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لأنه منقطع ولذلك لم يخرّجه الشيخان البخاري ومسلم ، وإنما خرجه مالك . وعن مالك : إذا نكل المتبايعان عن الأيمان روايتان : إحداهما الفسخ ، والثانية أن القول قول البائع . وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف ، فالأشهر البائع على ما فى الحديث ، وهل إذا وقع التفاسخ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبه ؟ فيه خلاف فى المذهب .

(القسم الرابع من النظر المشترك فى البيوع) وهو النظر فى حكم البيع الفاسد إذا وقع ، فنقول : اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد أعنى أن يرد البائع الثمن والمشترى المثمون . واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة ، وكذلك إذا نمت أو نقصت فقال الشافعى : ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد وأن الواجب الرد ، وقال مالك : كل ذلك فوت يوجب القيمة إلا ما روى عنه ابن وهب فى الربا أنه ليس بفوت ، ومثل ذلك قال أبو حنيفة . والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة . فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة . وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك ، فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندهم فيه فوت ، ومالك يرى أن النهى فى هذه الأمور إنما هو لمكان عدم العدل فيها ، أعنى بيوع الربا والغرر ، فإذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة ، لأنه قد تقبض السلعة وهي تساوى ألفا وترد وهى تساوى خمسمائة أو بالعكس ، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتا فى المبيع الفاسد ، ومالك يرى فى البيع والسلف أنه إذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشترى القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن ، لأن المشترى قد رفع له فى الثمن لمكان السلف فليس من العدل أن يرد أكثر من ذلك ، وإن كان المشترى هو الذى أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف ،

فإذا وجبت على المشترى القيمة ردها ما لم تكن أقل من الثمن ، لأن هذه البيوع إنما وقع المنع فيها لمكان ماجعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ، ومالك فى هذه المسئلة أفقه من الجميع . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض : أعنى شرط السلف ، هل يصح البيع أم لا ؟ فقال أبوحنيفة والشافعى وسائر العلماء: البيع مفسوخ ؛ وقال مالك وأصحابه : البيع غير مفسوخ إلا ابن عبد الحكم قال : البيع مفسوخ . وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور . وحجة الجمهور أن النهى يتضمن فساد المنهى فإذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد ، كما أن رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشىء ليس يقتضى عودة الشىء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه . وروى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة إسماعيل بن إسحاق المالكى فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر ، فلما انعقد البيع بينهما قال : أنا أدع الزق ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فوجب أن يكون بيع السلف كذلك ، فجاوب عن ذلك بجواب لاتقوم به حجة ، وقد تقدم القول فى ذلك . وإذ قد انقضى القول فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة ، وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة ، وأصول الأحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر إلى ما يخص واحدا واحدا من هذه الأربعة الأجناس ، وذلك بأن نذكر منها ما يجرى مجرى الأصول .

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان : أحدهما عدم النسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الباب ينحصر فى خمسة أجناس : الأول : فى معرفة ماهو نسيئة مما ليس بنسيئة . الثانى : فى معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل ، إذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف . الثالث : فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة إلى أحد هذين أعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع

وهو مالك وأصحابه ، وهذا ينقسم أيضا إلى نوعين كانقسام أصله . الخامس فى خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان : أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما ، وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه فى أحكام كثيرة . وأنت إذا تأملت الكتب الموضوعة فى فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة إلى هذه الأجناس الخمسة ، أو إلى ما تركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل إدخال المالكية فى الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء فى السلف ، لكن لما كان الفاسد منها يئول إلى أحد هذين الأصلين ، أعنى إلى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض ، لكن لما كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب ، فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافى له فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ، ويكفى من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل ، وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذى حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا الذى يقدر على عملها ، وهو بين أن الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد فى خفافه ما يصلح لقدمه ، فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة ، وهو الذى يصنع لكل قدم خفا يوافقه ، فهذا هو مثال أكثر المتفقهة فى هذا الوقت

وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع إلى حيث كنا من ذكر المسائل التى وعدنا بها .

(المسئلة الأولى) أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلا بمثل يدا بيد ، إلا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فإنهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط ، وإنما صار ابن عباس

لذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاربا إلاّ فى النَّسيئَةِ » وهو حديث صحيح ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلا فى النسيئة . وأما الجمهور فصاروا إلى مارواه مالك عن نافع عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاتَبيعوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، ولا تُشْفُوا بَعْضَها عَلى بَعْض ولا تَبيعُوا الفِضَّةَ بالفِضَّةِ إلاَّ مِثْلاً بمِثْلٍ ، ولا تُشْفُوا بَعْضَهاعَلى بَعْض ، ولا تَبيعُوا مِنْهَا شَيْئًا غائبا بِناجِزٍ » وهو من أصح ما روى فى هذا الباب . وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا فى هذا الباب ، فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث إذكانت نصا فى ذلك . وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص فى ذلك لأنه روى فيه لفظان : أحدهما أنه قال « إنَّمَا الرِّبا فى النَّسيئَةِ » وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيا إذا عارضه النص . وأما اللفظ الآخر وهو « لاربا إلا فى النسيئة » فهو أقوى من هذا اللفظ لأن ظاهره يقتضى أن ما عدا النسيئة فليس بربا ، لكن يحتمل أن يريد بقوله « لاربا إلا فى النسيئة » من جهة أن الواقع فى الأكثر ، وإذا كان هذا محتملا والأول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما . وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الأحاديث المتقدمة فى ذلك ، إلا معاوية فإنه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه ، فقال : إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لايكون به بأس ، وبه قال ابن القاسم من أصحابه ، وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء . وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لايجوز على جهة المعروف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة

وفيه حلية فضة ، أو بالذهب وفيه حلية ذهب ، فقال الشافعى : لايجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب ، وقال مالك : إن كان قيمة مافيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه ، أعنى بالفضة إن كانت حليته فضة ، أو بالذهب إن كانت حليته ذهبا وإلا لم يجز ، وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كأنها هبة ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لابأس ببيع السيف المحلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف ، وكذلك الأمر فى بيع السيف المحلى بالذهب ، لأنهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ، ويبقى الفضل قيمة السيف . وحجة الشافعى عموم الأحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصارى أنه قال « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهى من المغانم تباع ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة ينزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنا بِوَزْنٍ » خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الإطلاق ، وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال : لاأسكن فى أرض أنت فيها لما رواه من الحديث .

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزا ، واختلفوا فى الزمان الذى يحد هذا المعنى ، فقال أبو حنيفة والشافعى : الصرف يقع ناجزا ما لم يفترق المتصارفان تعجل أو تأخر القبض ؛ وقال مالك : إن تأخر القبض فى المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه . وسبب الخلاف ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إلاَّ هاءَ وهاءَ » وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ؛ فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس ، أعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال : يجوز التأخير فى المجلس ؛ ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال : إن تأخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف لاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار ، إلا ما حكى عن

أبى ثور أنه أجاز فيه الخيار . واختلف فى المذهب فى التأخير الذى يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما ، فمرة قيل فيه إنه مثل الذى يقع بالاختيار ، ومرة قيل إنه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا ، فأراد رده ، فقال مالك : ينتقض الصرف ، وإن كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلى صرف دينار ، فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر ، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهى إلى صرف دينار . قال : وإن رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شىء . وقال أبو حنيفة : لايبطل الصرف بالدرهم الزائف ، ويجوز تبديله إلا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر ، فإن ردها بطل الصرف فى المردود . وقال الثورى : إذا رد الزيوف كان مخيرا إن شاء أبدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك فى الدنانير : أعنى لصاحب الدنانير . وقال أحمد : لايبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا . وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل فى الصرف ، وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة فى الصرف ليس لها تأثير ولا سيما فى البعض وهو أحسن . وعن الشافعى فى بطلان الصرف بالزيوف قولان ، فيتحصل لفقهاء الأمصار فى هذه المسئلة أربعة أقوال : قول بإبطال الصرف مطلقا عند الرد ؛ وقول بإثبات الصرف ووجوب البدل ؛ وقول بالفرق بين القليل والكثير ؛ وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكا له . وسبب الخلاف فى هذا كله : هل الغلبة على التأخير فى الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة ؟ وإن كانت مؤثرة فهل هى مؤثرة فى القليل أو فى الكثير ؟ وأما وجود النقصان فإن المذهب اضطرب فيه ، فمرة قال فيه إنه إن رضى بالنقصان جاز الصرف ، وإن طلب البدل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ، ومرة قال : يبطل الصرف وإن رضى به ، وهو ضعيف . واختلفوا أيضا إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه ، أعنى الصرف المنعقد على التناجز ، فقيل يبطل الصرف كله ، وبه قال الشافعى ؛ وقيل يبطل منه المتأخر فقط ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف ، والقولان فى المذهب ؛ ومبنى الخلاف الخلاف فى الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها ، أو الحرام منها فقط ؟.

(المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة فى الذهب بالذهب وفى الفضة بالفضة ، وإن اختلف العدد لاتفاق الوزن ، وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة . واختلفوا فى المراطلة فى موضعين : أحدهما أن تختلف صفة الذهبين . والثانى أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضا أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب ، أو ذهبا إن كانت المراطلة بدراهم ، فذهب مالك ، أما فى الموضع الأول ، وهو أن يختلف جنس المراطل بهما فى الجودة والرداءة أنه متى راطل بأحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخرج الآخر ذهبين ، أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ ، فإن ذلك عنده لايجوز ، وإن كان الصنف الواحد من الذهبين ، أعنى الذى أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معا ، أو مثل أحدهما وأجود من الثانى جازت المراطلة عنده . وقال الشافعى : إذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك . وقال أبوحنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك . وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام ، وهو مصير إلى القول بسدّ الذرائع ، وذلك أنه يتهم أن يكون المراطل إنما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا ، فكأنه أعطى جزءا من الوسط بأكثر منه من الأردإ ، أو بأقل منه من الأعلى ، فيتذرع من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلا ، مثال ذلك أن إنسانا قال لآخر : خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى ، فقال : لايجوز هذا لنا ، ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى . وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القيمة . وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع . وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى هذا الموضع فى المصارفة التى تكون بالعدد ، أعنى إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب . وأما اختلافهم إذا نقصت المراطلة ، فأراد أحدهما أن يزيد شيئا آخر مما فيه الربا ، أو مما لاربا فيه ، فقريب من هذا الاختلاف ، مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب ، فينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الذى نقص ذهبه أن

يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا ، فقال مالك والشافعى والليث : إن ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة ؛ وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون . وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض . وعمدة مالك التهمة فى أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا . وعمدة الشافعى عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ، ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا فى الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم ، هل يجوز أن يتصارفاها وهى فى الذمة ؟ فقال مالك : ذلك جائز إذا كانا قد حلا معا ؛ وقال أبو حنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال ؛ وقال الشافعى والليث : لايجوز ذلك حلا أو لم يحلا . وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب ، وإذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لايجوز غائب بغائب . وأما مالك فأقام حلول الأجلين فى ذلك مقام الناجز بالناجز ، وإنما اشترط أن يكونا حالين معا ، لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين . وبقول الشافعى قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك ؛ وقريب من هذا اختلافهم فى جواز الصرف على ما ليس عندهما إذا دفعه أحدهما إلى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه فى المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعى وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد ، أعنى إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط . وقال زفر : لايجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم فى الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهبا أو بالعكس ؟ فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء ، سواء كان الأجل حالا أو لم يكن ، وهو قول ابن عباس وابن مسعود . وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال « كنت أبيع الإبل بالبقيع ، أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لابأْسَ بِذلكَ إذَا كانَ بِسِعْرِ يَوْمِهِ » خرّجه أبو داود . وحجة من لم يجزه ما جاء فى حديث أبى سعيد وغيره « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » .

(المسئلة السابعة) اختلف فى البيع والصرف فى مذهب مالك فقال : إنه لايجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه ، وسواء كان الصرف فى دينار واحد أو فى دنانير ؛ وقيل إن كان الصرف فى دينار واحد جاز كيفما وقع ، وإن كان فى أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر فى الجواز ، فإن كانا معا مقصودين لم يجز ، وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود ، لأنه ليس فى ذلك ما يؤدى إلى ربا ولا إلى غرر .

كتاب السلم

وفى هذا الكتاب ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى محله وشروطه . الباب الثانى فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض فى ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير . الباب الثالث : فى اختلافهم فى السلم .

الباب الأول فى محله وشروطه

أما محله ، فإنهم أجمعوا على جوازه فى كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال « قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسْلمون فى التمر السنتين والثلاث ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مَنْ أسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فى ثَمَنٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلى أجَلٍ مَعْلُومٍ » واتفقوا على امتناعه فيما لايثبت فى الذمة ، وهى الدور والعقار . وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها ، فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا إلى ظاهر هذا الحديث . والجمهور على أنه جائز فى العروض التى تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لاينضبط بالصفة ، فمن ذلك الحيوان والرقيق ، فذهب مالك والشافعى والأوزاعى والليث إلى أن السلم فيهما جائز ، وهو قول ابن عمر من الصحابة . وقال أبوحنيفة والثورى وأهل العراق : لايجوز السلم فى الحيوان ، وهو قول ابن مسعود ؛ وعن عمر فى ذلك قولان . وعمدة أهل العراق فى ذلك ما روى عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان » وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول . وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان

نسيئة . وعمدة من أجاز السلم فى الحيوان ما روى عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة ، فأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » وحديث أبى رافع أيضا « أن النبى صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا » قالوا : وهذا كله يدل على ثبوته فى الذمة . فسبب اختلافهم شيئان : أحدهما تعارض الآثار فى هذا المعنى، والثانى تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أو لايضبط ، فمن نظر إلى تباين الحيوان فى الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال : لاتنضبط ؛ ومن نظر إلى تشابهها قال : تنضبط . ومنها اختلافهم فى البيض والدرّ وغير ذلك ، فلم يجز أبو حنيفة السلم فى البيض، وأجازه مالك بالعدد ، وكذلك فى اللحم أجازه مالك والشافعى ، ومنعه أبو حنيفة ؛ وكذلك السلم فى الرءوس والأكارع ، أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة . واختلف فى ذلك قول أبى حنيفة والشافعى ؛ وكذلك السلم فى الدر والفصوص ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعى ، وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشريعة لا لإحصاء الفروع ، لأن ذلك غير منحصر .

(وأما شروطه) فنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها ، فأما المجمع عليها فهى ستة : منها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء ، وامتناعه فيما لايجوز فيه النساء ، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله ، وإما اتفاق الجنس على مايراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعى فى علة النساء . ومنها أن يكون مقدرا إما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، أو منضبطا بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة . ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل . ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا ، لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ ، هذا فى الجملة . واشترطوا فى اشتراط اليومين والثلاثة فى تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أن لايجوز فى المدة الكثيرة ولا مطلقا . فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وأجاز تأخيره بلا شرط . وذهب أبو حنيفة إلى أن من شرطه التقابض فى المجلس كالصرف ؛ فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا فى أربعة : أحدها الأجل ، هل هو شرط فيه أم لا ؟ . والثانى هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا

فى حال عقد السلم أم لا ؟ . والثالث اشتراط مكان دفع المسلم فيه . والرابع أن يكون الثمن مقدرا إما مكيلا وإما موزونا وإما معدودا وأن لايكون جزافا . فأما الأجل فإن أباحنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه فى ذلك؛ وأما مالك فالظاهر من مذهبه ، والمشهور عنه أنه من شرط السلم ، وقد قيل إنه يتخرّج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحالّ . وأما اللخمى فإنه فصل الأمر فى ذلك فقال : إن السلم فى المذهب يكون على ضربين : سلم حالّ ، وهو الذى يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل ، وهو الذى يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة . وعمدة من اشترط الأجل شيئان: ظاهر حديث ابن عباس؛ والثانى أنه إذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه . وعمدة الشافعى أنه إذا جاز مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا ، وربما استدلت الشافعية بما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من أعرابى بوسق تمر ، فلما دخل البيت لم يجد التمر ، فاستقرض النبى صلى الله عليه وسلم تمرا وأعطاه إياه » قالوا : فهذا هو شراء حالّ بتمر فى الذمة ، وللمالكية من طريق المعنى أن السلم إنما جوّز لموضع الارتفاق ، ولأن المسلف يرغب فى تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه ، والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النسيئة ، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى . واختلفوا فى الأجل فى موضعين : أحدهما هل يقدر بغير الأيام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم ؟ . والثانى فى مقداره من الأيام . وتحصيل مذهب مالك فى مقداره من الأيام أن المسلم فيه على ضربين : ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه ، وضرب يقتضى بغير البلد الذى وقع فيه السلم؛ فإن اقتضاه فى البلد المسلم فيه ، فقال ابن القاسم إن المعتبر فى ذلك أجل تختلف فيه الأسواق ، وذلك خمسة عشر يوما أو نحوها . وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومين والثلاثة ؛ وقال ابن عبد الحكم : لابأس به إلى اليوم الواحد . وأما ما يقتضى ببلد آخر ، فإن الأجل عندهم فيه هو قطع المسافة التى بين البلدين قلّت أو كثرت ، وقال أبو حنيفة : لايكون أقل من ثلاثة أيام ؛ فمن جعل الأجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ؛ ومن جعله شرطا معللا باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالبا . وأما الأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك

فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي ؛ فمن رأى أن الاختلاف الذى يكون فى أمثال هذه الآجال يسير أجاز ذلك ، إذ الغرر اليسير معفوّ عنه فى الشرع ، وشبهه بالاختلاف الذى يكون فى الشهور من قبل الزيادة والنقصان ؛ ومن رأى أنه كثير ، وأنه أكثر من الاختلاف الذى يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها لم يجزه . وأما اختلافهم فى هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حين عقد السلم ، فإن مالكا والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا : يجوز السلم فى غير وقت إبّانه . وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى : لايجوز السلم إلا فى إبان الشيء المسلم فيه . فحجة من لم يشترط الإبان ما ورد فى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يسلدون فى التمر السنتين والثلاث فأقروا على ذلك ولم ينهوا عنه . وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لاتُسْلِمُوا فى النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُها » وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجودا فى حال العقد ، وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر ، وإن كان ذلك معينا وهذا فى الذمة ، وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض ، فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر . وقال القاضى أبو محمد : الأفضل اشتراطه . وقال ابن المواز : ليس يحتاج إلى ذلك .

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدرا مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا لا جزافا ، فاشترط ذلك أبو حنيفة ، ولم يشترطه الشافعى ولا صاحبا أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد ، قالوا : وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص ، إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف ، إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه. وينبغى أن تعلم أن التقدير فى السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل ، وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع ، وبالعدد فيما يمكن فيه العدد . وإن لم يكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعا مختلفة ، أو مع تركه إن كان نوعا واحدا ، ولم يختلفوا أن السلم لايكون إلا فى الذمة وأنه لايكون فى معين ؛ وأجاز مالك السلم فى قرية معينة إذا كانت مأمونة ، وكأنه رآها مثل الذمة .

الباب الثانى

فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض فى ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير

وفى هذا الباب فروع كثيرة ، لكن نذكر منها المشهور :

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم فى شىء من الثمر : فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه ، فقال الجمهور : إذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وابن القاسم ؛ وحجتهم أن العقد وقع على موصوف فى الذمة فهو باق على أصله ، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة ، وإنما هو شىء شرطه المسلم فهو فى ذلك بالخيار . وقال أشهب من أصحاب مالك : ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ . وقال سحنون : ليس له أخذ الثمن ، وإنما له أن يصبر إلى القابل ، واضطرب قول مالك فى هذا والمعتمد عليه فى هذه المسئلة ما رآه أبو حنيفة والشافعى وابن القاسم ، وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشى ، والكالئ بالكالئ المنهى عنه إنما هو المقصود ، لا الذى يدخل اضطرارا .

(مسئلة) اختلف العلماء فى بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه قبل قبضه ؛ فن العلماء من لم يجز ذلك أصلا ، وهم القائلون بأن كل شىء لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق . وتمسك أحمد وإسحاق فى منع هذا بحديث عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فى شَىْءٍ فَلا يَصْرِفْهُ فى غَيْرِهِ » . وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين : أحدهما إذا كان المسلم فيه طعاما ، وذلك بناء على مذهبه فى أن الذى يشترطه فى بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص فى الحديث . والثانى إذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن ، وذلك أن هذا يدخله إما سلف

وزيادة إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم ، وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل . وكذلك إن كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر ، لامن جنسه ولا من غير جنسه ؛ فإن كان مثل طعامه فى الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبدالوهاب جاز ، لأنه يحمله على العروض ، وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وإن كان أقل جودة ، لأنه عنده من باب البدل فى الدنانير . والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيرا ، وهذا كله من شرطه عند مالك أن لايتأخر القبض لأنه يدخله الدين بالدين . وإن كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ، ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقل ، وإن أخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر ، وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السلم . وأما بيع السلم من غير المسلم إليه ، فيجوز بكل شىء يجوز التبايع به مالم يكن طعاما ، لأنه لايدخله بيع الطعام قبل قبضه . وأما الإقالة فمن شرطها عند مالك أن لايدخلها زيادة ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع ، أعنى أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتذرع إلى بيع وسلف ، أو إلى: ضع وتعجل ، أو إلى بيع السلم بما لايجوز بيعه . مثال ذلك فى دخول بيع وسلف به إذا حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لايجوز عنده فإنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف ، وذلك جائز عند الشافعى وأبى حنيفة ، لأنهما لايقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسئلة) اختلف العلماء فى الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئا بعد الإقالة بما لايجوز قبل الإقالة ؛ فمن العلماء من لم يجزه أصلا ، ورأى أن الإقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك ما لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه ، إلا أن عند أبى حنيفة لايجوز على الإطلاق ، إذ كان لايجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الإطلاق ؛ ومالك يمنع ذلك فى المواضع التى يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ؛ ومن العلماء من أجازه ، وبه قال الشافعى والثورى . وحجتهم أن بالإقالة قد ملك رأس ماله ، فإذا ملكه جاز له أن يشترى به ما أحب ، والظن الردىء بالمسلمين غير جائز . قال : وأما حديث أبى سعيد فإنه إنما وقع النهى فيه قبل الإقالة .

(مسئلة) اختلفوا إذا ندم المبتاع فى السلم فقال للبائع : أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت إليك ، فقال مالك وطائفة : ذلك لايجوز ؛ وقال قوم يجوز ؛ واعتل مالك فى ذلك مخافة أن يكون المشترى لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقبله ، فكان ذلك من باب بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى ؛ وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين ؛ والذين رأوه جائزا رأوا أنه من باب المعروف والإحسان الذى أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أقالَ مُسْلِماً صَفْقَتَهُ أقالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيامَةِ ، ومَنْ أنْظَرَ مُعْسِراً أظَلَّهُ اللهُ فى ظِلِّهِ يَوْمَ لا ظِلَّ إلا ظِلُّهُ » .

(مسئلة) أجمع العلماء على أنه إذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير إلى أجل فدفعها إليه عند محل الأجل وبعده أنه يلزمه أخذها . واختلفوا فى العروض المؤجلة من السلم وغيره ، فقال مالك والجمهور : إن أتى بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها . وقال الشافعى : إن كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد ، وإن كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه . وأما إذا أتى به بعد محل الأجل فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم فى قطائف الشتاء فيأتى بها فى الصيف ، فقال ابن وهب وجماعة : لا يلزمه ذلك . وحجة الجمهور فى أنه لايلزمه قبض العروض قبل محل الأجل من قبل أنه من ضمانه إلى الوقت المضروب الذى قصده ، ولما عليه من المؤنة فى ذلك ، وليس كذلك الدنانير والدراهم ، إذ لامؤنة فيها ، ومن لم يلزمه بعد الأجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض إنما كان وقت الأجل لاغيره . وأمر من أجاز ذلك فى الوجهين ، أعنى بعد الأجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم .

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فأخبر البائع أو المسلم إليه المشترى بكيل الطعام ، هل للمشترى أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل فى ذلك على تصديقه ؟ فقال مالك : ذلك جائز فى السلم وفى البيع بشرط النقد ، وإلا خيف أن يكون من باب الربا ، كأنه إنما صدقه فى الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن . وقال أبوحنيفة والشافعى والثورى

والأوزاعى والليث : لايجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشترى مرة ثانية بعد ان كاله لنفسه بحضرة البائع . وحجتهم أنه لما كان ليس للمشترى أن يبيعه إلا بعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه إلا بعد أن يكيله البائع له ، لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء فى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع ، وصاع المشترى . واختلفوا إذا هلك الطعام فى يد المشترى قبل الكيل ، فاختلفا فى الكيل ، فقال الشافعى : القول قول المشترى ، وبه قال أبو ثور ؛ وقال مالك: القول قول البائع لأنه قد صدقه المشترى عند قبضه إياه ، وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

الباب الثالث فى اختلاف المتبايعين فى السلم

والمتبايعان فى السلم إما أن يختلفا فى قدر الثمن أو المثمون ، وإما فى جنسهما ، وإما فى الأجل ، وإما فى مكان قبض السلم . فأما اختلافهم فى قدر المسلم فيه ، فالقول فيه قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه ، وإلا فالقول أيضا قول المسلم إن أتى أيضا بما يشبه ، فإن أتيا بما لايشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم فى جنس المسلم فيه ، فالحكم فى ذلك التحالف والتفاسخ ، مثل أن يقول أحدهما : أسلمت فى تمر ، ويقول الآخر : فى قمح . وأما اختلافهم فى الأجل فإن كان فى حلوله فالقول قول المسلم إليه ، وإن كان فى قدره فالقول أيضا قول المسلم إليه إلا أن يأتى بما لايشبه ، مثل أن يدعى المسلم وقت إبان المسلم فيه ، ويدعى المسلم إليه غير ذلك الوقت ، فالقول قول المسلم . وأما اختلافهم فى موضع القبض ، فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله ، وإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم إليه . وخالف سحنون فى الوجه الأول فقال : القول قول المسلم إليه وإن ادعى القبض فى موضع العقد وخالف أبو الفرج فى الموضع الثانى فقال : إذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا . وأما اختلافهم فى الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض ، وقد تقدم ذلك .

كتاب بيع الخيار

والنظر فى أصول هذا الباب ، أما أولا فهل يجوز أم لا ؟ وإن جاز ، فكم مدة الخيار ؟ وهل يشترط النقدية فيه أم لا ؟ وممن ضمان المبيع فى مدة الخيار ؟ وهل يورث الخيار أم لا ؟ ومن يصح خياره ممن لايصح ؟ وما يكون من الأفعال خيارا كالقول ؟ . أما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه « وَلَكَ الخِيَارُ ثَلَاثاً » وما روى فى حديث ابن عمر « البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا إِلاَّ بَيْعَ الخِيَارِ » . وعمدة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم فى البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أوسنة ثابتة أو إجماع . قالوا : وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ؛ وإما أنه خاص لما شكى إليه صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع . قالوا : وأما حديث ابن عمر وقوله فيه « إلا بيع الخيار » فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو « أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ » وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود فى نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ؛ وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال : مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة الأيام فى اختيار الجارية ، والشهر ونحوه فى اختيار الدار . وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع . وقال الشافعى وأبو حنيفة : أجل الخيار ثلاثة أيام لايجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأى مدة اشترطت ، وبه قال داود . واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة : فقال الثورى والحسن ابن حيى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا . وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله . وقال أبو حنيفة والشافعى لايجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع . واختلف أبو حنيفة والشافعى إن وقع الخيار فى الثلاثة الأيام زمن الخيار المطلق ؛ فقال أبو حنيفة : إن وقع فى الثلاثة الأيام جاز ، وإن مضت الثلاثة فسد البيع ؛ وقال الشافعى : بل هو

فاسد على كل حال ، فهذه هى أقاويل فقهاء الأمصار فى مدة الخيار ، وهى هل يجوز مطلقا أو مقيدا ؟ وإن جاز مقيدا فكم مقداره ؟ وإن لم يجز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لايقع الخيار فى الثلاث أم لايجوز بحال ؟ وإن وقع فى الثلاث . فأما أدلتهم فإن عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه . وأما عمدة من لم يجز الخيار إلا ثلاثا فهو أن الأصل هو أن لايجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص فى حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ ، وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك . قالوا : وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث فى حديث المصرّاة وهو قوله « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَهُوَ بِالخِيارِ ثَلاثَةَ أيَّامٍ » وأما حديث منقذ ، فأشبه طرقه المتصلة ما رواه محمد ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع فى البيع « إذَا بِعْتَ فَقُلْ لاخِلابَةَ وأنْتَ بالخِيارِ ثَلاثاً » . وأما عمدة أصحاب مالك ، فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع ، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام ، وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقد فإنه لايجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع ، وفيه ضعف . وأما ممن ضمان المبيع فى مدة الخيار فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعى : مصيبته من البائع والمشترى أمين ، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ؛ وقد قيل فى المذهب إنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف فى ضمانه إياه ، وإن كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم فى الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه ، وإن كان مما لايغاب عليه فضمانه من البائع . وقال أبو حنيفة : إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه ، وأما إن كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى ، وبقى معلقا حتى ينقضى الخيار ، وقد قيل عنه إن على المشترى الثمن ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده فى ملك المشترى . وللشافعى قولان : أشهرهما أن الضمان من المشترى لأيهما كان الخيار . فعمدة من رأى

أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم ، فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشترى قبلت . وعمدة من رأى أنه من المشترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق . وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثانى فلأنه إن كان البائع هو المشترط فالخيار له إبقاء للمبيع على ملكه ، وإن كان المشترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع من ملكه وأبانه فوجب أن يدخل فى ملك المشترى إذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال : قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خيارا ولم يلزم أن يدخل فى ملك المشترى لأنه شرط الخيار فى رد الآخر له ، ولكن هذا القول يمانع الحكم ، فإنه لابد أن تكون مصيبته من أحدهما ، والخلاف آيل إلى هل الخيار مشترط لإيقاع الفسخ فى البيع أو لتتميم البيع ، فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا لتتميمه فهو فى ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى هل يورث خيار المبيع أم لا ؟ فإن مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا : يورث ، وإنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع ، وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الإقالة . وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب : أعنى أنه قال يورث ، وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن . وسلم لهم مالك خيار رد الأب ما وهبه لابنه ، أعنى أنه لم ير اورثة الميت من الخيار فى ردّ ماوهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك : أعنى للأب ، وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان . ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فإن ورثته لاينزلون منزلته عند مالك . وسلم الشافعى ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات ، وسلم زائدا خيار الإقالة والقبول فقال : لا يورثان . وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال . وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فموضع

الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه ؛ فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ، ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به ؛ والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك ، وكل واحد منهم يروم أن يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ، ويروم فى قوله خصمه بالضد ، أعنى أن يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ، ويعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا ، مثل ما تقول المالكية : إنما قلنا إن خيار الأب فى رد هبته لا يورث ، لأن ذلك خيار راجع إلى صفة فى الأب لا توجد فى غيره وهى الأبوة ، فوجب أن لا تورث لا إلى صفة فى العقد . وهذا هو سبب اختلافهم فى خيار خيار ، أعنى أنه من انقدح له فى شىء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه .

(وأما المسئلة السادسة) وهى من يصح خياره فإنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا فى اشتراط خيار الأجنبى ، فقال مالك : يجوز ذلك والبيع صحيح ؛ وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا يجوز إلا أن يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد ، وهو قول أحمد ؛ وللشافعى قول آخر مثل قول مالك ، وبقول مالك قال أبو حنيفة ؛ واتفق المذهب على أن الخيار للأجنبى إذا جعله له المتبايعان ، وأن قوله لهما . واختلف المذهب إذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشترى ومن جعل له المشترى الخيار ، فقيل القول فى الإمضاء ، والرد قول الأجنبى سواء اشترط خياره البائع أو المشترى ، وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة ، وقيل بالفرق بين البائع والمشترى : أى أن القول فى الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبى ، وقول الأجنبى دون المشترى إن كان المشترى هو المشترط الخيار ؛ وقيل القول قول من أراد منهما الإمضاء ، وإن أراد البائع الإمضاء ، وأراد الأجنبى الذى اشترط خياره الرد ووافقه المشترى ، فالقول قول البائع فى الإمضاء ، وإن أراد البائع الرد وأراد الأجنبى الإمضاء ووافقه

المشترى فالقول قول المشترى ؛ وكذلك إن اشترط الخيار للأجنبى المشترى ، فالقول فيهما قول من أراد الإمضاء ، وكذلك الحال فى المشترى ؛ وقيل بالفرق فى هذا بين البائع والمشترى : أى إن اشترطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء منهما ، وإن اشترطه المشترى فالقول قول الأجنبى ، وهو ظاهر ما فى المدونة ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لايجوز ، مثل أن يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لايجوّز الخيار فوق الثلاث ، أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه : أعنى أجنبيا ، فقال مالك والشافعى : لايصح البيع وإن أسقط الشرط الفاسد ؛ وقال أبو حنيفة : يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد ، فأصل الخلاف هل الفساد الواقع فى البيع من قبل الشرط يتعدى إلى العقد أم لايتعدى ، وإنما هو فى الشرط فقط ؟ فمن قال يتعدى أبطل البيع وإن أسقطه ؛ ومن قال لايتعدى قال : البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا .

كتاب بيع المرابحة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان : مساومة ومرابحة ؛ وأن المرابحة هى أن يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا مّا للدينار أو الدرهم . واختلفوا من ذلك بالجملة فى موضعين : أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال . والموضع الثانى إذا كذب البائع للمشترى فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به ، أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر ، ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الأمصار بابان : الباب الأول : فيما يعد من رأس المال مما لايعد ، وفى صفة رأس المال الذى يجوز أن يبنى عليه الربح الثانى . : فى حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن .

الباب الاول

فيما يعد من رأس المال مما لايعد ، وفى صفة رأس المال الذى يجوز أن يبنى عليه الربح

فأما مايعد فى الثمن مما لايعد ، فإن تحصيل مذهب مالك فى ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يعدّ فى أصل الثمن ويكون له حظ من الربح . وقسم لايعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . وقسم لايعد فى أصل الثمن ولايكون له حظ من الربح . فأما الذى يحسبه فى رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا فى عين السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذى يحسبه فى رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فما لايؤثر فى عين السلعة مما لايمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد إلى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها . وأما ما لايحتسب فيه الأمرين جميعا ، فما ليس له تأثيرفى عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد . وقال أبوحنيفة : بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها . وقال أبو ثور : لايجوز المرابحة إلا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده إن وقع قال لأنه كذب ، لأنه يقول له : ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الأمر كذلك ، وهو عنده من باب الغش .، وأما صفة رأس الثمن الذى يجوز أن يخبر به فإن مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير إلى زيادة أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها لأنه من باب الكذب والخيانة ، وكذلك إن اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف . واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له أن يبيعها مرابحة أم لايجوز ؟ فإذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه ؟ فقال ابن القاسم : يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة . وقال أشهب : لايجوز لمن اشترى سلعة بشىء من العروض أن يبيعها مرابحة لأنه يطالبه بعروض على

صفقة عرضه ، وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده ؛ واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضا أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون أن يعلم بما نقد أم لا يجوز ؟ فقال مالك لا يجوز إلا أن يعلم ما نقد ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها أو الدراهم ؛ قال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مرابحة أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل . وقال الشافعي إن وقع كان للمشتري مثل أجله ؛ وقال أبو ثور : هو كالعيب وله الرد به ، وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

الباب الثاني

في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ، ثم ظهر بعد ذلك إما بإقراره وإما ببينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة ؛ فقال مالك وجماعة : المشتري بالخيار ، إما أن يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وإن ألزمه لزمه ؛ وقال أبو حنيفة وزفر : بل المشتري بالخيار على الإطلاق ، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي إن ألزمه البائع لزمه ؛ وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة : بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة ؛ وعن الشافعي القولان : القول بالخيار مطلقا ، والقول باللزوم بعد الحط . فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشتري إنما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك ، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذي ظهر ، كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل . وحجة من رأى أن الخيار مطلقا تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب ، أعني أنه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . وأما إذا فاتت السلعة فقال الشافعي : يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح ؛ وقال مالك : إن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء ، وإن كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو إمضائه السلعة بالثمن الذي

صح . وأما إذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم فى ذلك وهى قائمة، فقال الشافعى : لايسمع من تلك البينة لأنه كذبها ، وقال مالك : يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن ، وهذا بعيد لأنه بيع آخر . وقال مالك فى هذه المسئلة : إذا فاتت السلعة أن المبتاع مخير بين أن يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو أن يأخذها بالثمن الذى صح ، فهذه هى مشهورات مسائلهم فى هذا الباب . ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى فى مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاثة مسائل وما تركب منها ، حكم مسئلة الكذب ، وحكم مسئلة الغش ، وحكم مسئلة وجود العيب . فأما حكم الكذب فقد تقدم. وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه فى البيع المطلق . وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا ، وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش كما له ذلك فى مسئلة الكذب ، هذا عند ابن القاسم . وأما عند أشهب ، فإن الغش عنده ينقسم قسمين : قسم مؤثر فى الثمن ، وقسم غير مؤثر . فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب . وأما التى تركب فهى أربع مسائل : كذب وغش ، وكذب وتدليس ، وغش وتدليس بعيب ، وكذب وغش وتدليس بعيب ؛ وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذى بقى حكمه إن كان فات بحكم أحدهما أو بالذى هو أرجح له إن لم يفت حكم أحدهما ، إما على التخيير حيث يمكن التخيير ، أو الجمع حيث يمكن الجمع ، وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع ، أعنى مذهب ابن القاسم وغيره .

كتاب بيع العرية

اختلف الفقهاء فى معنى العرية والرخصة التى أتت فيها فى السنة ، فحكى القاضى أبو محمد عبد الوهاب المالكى أن العرية فى مذهب مالك هى أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه ، فيجوز للمعرى شراؤها من المعرى له بخرصها تمرا على شروط أربعة : أحدها : أن تزهى . والثانى أن تكون خمسة أوسق فما دون ، فإن زادت فلا يجوز . والثالث أن يعطيه التمر الذى يشتريها به عند الجذاذ ، فإن أعطاه نقدا لم يجز . والرابع أن يكون التمر

من صنف تمر العرية ونوعها ، فعلى مذهب مالك الرخصة فى العرية إنما هى فى حق المعرى فقط ، والرخصة فيها إنما هى استثناؤها من المزابنة ، وهى بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ، ومن صنفى الربا أيضا : أعنى التفاضل والنساء ، وذلك أن بيع تمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو الخرص ، فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا ، وهو أيضا ثمر بثمر إلى أجل ، فهذا هو مذهب مالك فيما هى العرية ، وما هى الرخصة فيها ، ولمن الرخصة فيها ؟ . وأما الشافعى فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعرى خاصة ، وإنما هى لكل أحد من الناس أراد أن يشترى هذا القدر من التمر : أعنى الخمسة أوسق أو ما دون ذلك بتمر مثلها ؛ وروى أن الرخصة فيها إنما هى معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس أن يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر[1] يشترى به الرطب . والشافعى يشترط فى إعطاء التمر الذى تباع به العرية أن يكون نقدا ، ويقول : إن تفرقا قبل القبض فسد البيع . والعرية جائزة عند مالك فى كل ما ييبس ويدخر ، وهى عند الشافعى فى التمر والعنب فقط ولا خلاف فى جوازها فيما دون الخمسة الأوسق عند مالك والشافعى ، وعنهما الخلاف إذا كانت خمسة أوسق ، فروى الجواز عنهما والمنع ، والأشهر عند مالك الجواز . فالشافعى يخالف مالكا فى العرية فى أربعة مواضع : أحدها فى سبب الرخصة كما قلنا . والثانى أن العرية التى رخص فيها ليست هبة ، وإنما سميت هبة على التجوز . والثالث فى اشتراط النقد عند البيع . والرابع فى محلها . فهى عنده كما قلنا فى التمر والعنب فقط ، وعند مالك فى كل ما يدخر وييبس . وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا فى أن العرية عنده هى الهبة ، ويخالفه فى أن الرخصة إنما هى عنده فيها للموهوب له أعنى المعرى له لا المعرى ، وذلك أنه يرى أن له أن يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب إليه مالك . وأما أبو حنيفة فيوافق مالكا فى أن العرية هى الهبة ، ويخالفه فى صفة الرخصة ، وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هى من باب استثنائها من المزابنة ولا هى فى الجملة فى البيع ، وإنما

---

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله : وعنده تمر يشترى ، إذ هى فسحة لمن عنده وليس عنده رطب أن يشترى الرطب بالتمر ، ولذلك اشترط الشافعى دفع التمر نقدا ، فتأمل اهـ مصححه .

الرخصة فيها عنده من باب رجوع الواهب فى هبته إذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع ، وإنما هى رجوع فى الهبة على صفة مخصوصة ، وهو أن يعطى بدلها تمرا بخرصها . وعمدة مذهب مالك فى العرية أنها بالصفة التى ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة ، قالوا : وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه ، فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمرا عند الجذاذ . ومن الحجة له فى أن الرخصة إنما هى للمعرّى حديث سهل بن أبى حثمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالرطب إلا أنه رخص فى العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا » قالوا : فقوله يأكلها رطبا دليل على أن ذلك خاص بمعريها ، لأنهم فى ظاهر هذا القول أهلها . ويمكن أن يقال إن أهلها هم الذين اشتروها كائنا من كان ، لكن قوله رطبا هو تعليل لايناسب المعرى ، وعلى مذهب الشافعى هو مناسب ، وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ، ولذلك كانت الحجة للشافعى . وأما أن العرية عنده هى الهبة فالدليل على ذلك من اللغة ، فإن أهل اللغة قالوا : العرية هى الهبة ، واختلف فى تسميتها بذلك ، فقيل لأنها عريت من الثمن ، وقيل إنها مأخوذة من عروت الرجل أعروه إذا سألته ، ومنه قوله تعالى ـ وأطعِموا القانِع والمُعْتَرّ ـ وإنما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيره إلى ذلك الوقت ، لأنه تمر ورد الشرع بخرصه ، فكان من سنته أن يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة ، وفيه ضعف ، لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة . وعنده أنه إذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز ؛ وأما اشتراطه جوازها فى الخمسة الأوسق أو فيما دونها ، فلما رواه عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، أو فى خمسة أوسق » وإنما كان عن مالك فى الخمسة الأوسق روايتان الشك الواقع فى هذا الحديث من الراوى . وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه إذا يبس ، فلما روى عن زيد بن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمرا » خرجه مسلم . وأما الشافعى فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا ، فإنه

ذن لهم فيه وقوله « فيها يأكلها أهلها رطبا » . والعرية عندهم هي اسم لما دون الخمسة الأوسق من التمر ، وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل فى الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه ، خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته فى القدر للهبة ، وقد احتج لمذهبه بما رواه بإسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إما زيد بن ثابت وإما غيره : ما عراياكم هذه ؟ قال : فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بأيديهم يأكلونها رطبا ، وإنما لم يجز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة . وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص فى العرايا ولم يخص المعرى من غيره . وأما أبو حنيفة فلما لم تجر عنده المزابنة وكانت إن جعلت بيعا نوعا من المزابنة رأى أن انصرافها إلى المعرى ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمرا ، أو تسميته إياها بيعا عنده مجاز ، وقد التفت إلى هذا المعنى مالك فى بعض الروايات عنه ، فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشىء من الأشياء سوى الخرص ، وإن كان المشهور عنه جواز ذلك . وقد قيل إن قول أبى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث ، وذلك أنه خالف الأحاديث فى مواضع منها أنه لم يسمها بيعا ، وقد نص الشارع على تسميتها بيعا . ومنها أنه جاء فى الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا ، وعلى مذهبه لاتكون العرية استثناء من المزابنة ، لأن المزابنة هى فى البيع . والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع ، وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع ، وهى المزابنة ، والله أعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الإجارات

والنظر فى هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع : أعنى أن أصوله تنحصر بالنظر فى أنواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى أحكامها ، وذلك فى نوع

نوع منها ، أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها ، وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا إلى قسمين : القسم الأول : فى أنواعها وشروط الصحة والفساد . والثانى : فى معرفة أحكام الإجارات ، وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها . فلنذكر أولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير إلى ذكر ما فى ذينك القسمين من المسائل المشهورة ، إذ كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الأشياء مجرى الأمهات ، وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الأمصار . فنقول : إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأول . وحكى عن الأصم وابن علية منعها . ودليل الجمهور قوله تعالى - إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هَاتَيْنِ - الآية ، وقوله - فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ - . ومن السنة الثابتة ما خرجه البخارى عن عائشة قالت « استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش ، فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما » وحديث جابر « أنه باع من النبى صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة » وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر ، وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الأعيان المحسوسة والمنافع فى الإجارات فى وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ، ونحن نقول : إنها وإن كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب ، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب ، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

(القسم الأول) وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلا له وصفتها . فأما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه ، وقد تقدم ذلك فى باب البيوع . وأما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه ، وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها ؛ فمما اجتمعوا على إبطال إجارته كل منفعة كانت لشىء محرم العين ، كذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات ، وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها ، واتفقوا على إجارة الدور

والدواب والناس على الأفعال المباحة ، وكذلك الثياب والبسط . واختلفوا في إجارة الأرضين وفي إجارة المياه وفي إجارة المؤذن ، وفي الإجارة على تعليم القرآن ، وفي إجارة نزو الفحول . فأما كراء الأرضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا ؛ فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الأقل، وبه قال طاوس وأبو بكر ابن عبد الرحمن ؛ وقال الجمهور بجواز ذلك . واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها ؛ فقال قوم : لايجوز كراؤها إلا بالدراهم والدنانير فقط ، وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب ؛ وقال قوم : يجوز كراء الأرض بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن ، وما عدا ما ينبت فيها كان طعاما أو غيره، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه . وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط ؛ وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام ، وممن قال بهذا القول سالم بن عبدالله وغيره من المتقدمين ، وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ ؛ وقال قوم : يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها ، وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وابن أبي ليلى والأوزاعي وجماعة . وعمدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع » قالوا : وهذا عام ، وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوي له حين روى عنه ، قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال : لابأس به . وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه ، وكان ابن عمر قبل يكري أرضه فترك ذلك ، وهذا بناء على رأي من يرى أنه لايخصص العموم بقول الراوي . وروى عن رافع ابن خديج عن أبيه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إجارة الأرضين » قال أبو عمر بن عبد البر . واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « مَنْ كانَتْ لَهُ أرْضٌ فَلْيَزْرَعْها أوْ لِيُزْرِعْها ولا يُؤاجِرْها » فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض . وقالوا أيضا من جهة المعنى : إنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر ، لأنه ممكن أن يصيب

الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق ، فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء . قال القاضي : ويشبه أن يقال في هذا إن المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى عن بيع الماء ، ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا الخلقة . وأما عمدة من لم يجز كراءها إلا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةٌ ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَيَزْرَعُهَا ، ورجل مُنِحَ أرضا فَهُوَ يَزْرَعُ ما مُنِحَ ، ورجلٌ اكْتَرَى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ » قالوا : فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والأحاديث الأخر مطلقة وهذا مقيد ، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد . وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ماعدا الطعام ، وسواء كان الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أخاهُ ولا يُكْرِهَا بِثُلُثٍ ولا رُبُعٍ ولا بِطَعَامٍ مُعَيَّنٍ » قالوا : وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ، وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا ، وفيه : والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة . قالوا : وأيضا فإنه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة . وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها : أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام . وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، قالوا : وهي كراء الأرض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه . وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم ، فجاز قياسا على إجارة سائر المنافع ، وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع . روى عن سالم ابن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا : اكترى رافع . قالوا : وقد جاء في بعض الروايات عنه مايجب أن يحمل عليها سائرها قال « كنا أكثر أهل المدينة حقلا ، قال : وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول : هذه القطعة لي وهذه لك ، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم » خرجه البخاري . وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها ، فعمدته النظر

والأثر . أما الأثر فا ورد من النهى عن المخابرة ، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان رفقا بنا ، فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال : « دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما تَصْنَعُونَ بِمَحاقِلِكُمْ ؟ قلنا : نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتَفْعَلُوا ، ازْرَعُوها أَوْ زَارِعُوها أَوْ أَمْسِكُوها » وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان البخارى ومسلم .. وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » قالوا : وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لأنها مضطربة المتون ، وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر ، بدليل ما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال « إن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال : إن يَمْنَحْ أَحَدُكُمْ أخاهُ يَكُنْ خَيْرًا لَهُ مِنْ أَنْ يأخُذَ مِنه شَيْئًا » قالوا : وقد قدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم .

(وأما إجارة المؤذن) فإن قوما لم يروا فى ذلك بأسا ؛ وقوما كرهوا ذلك . والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبى العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتخِذْ مُؤَذِّنا لا يأخُذُ على أذانه أجرًا » والذين أباحوه قاسوه على الأفعال غير الواجبة ، وهذا هو سبب الاختلاف ، أعنى هل هو واجب أم ليس بواجب ؟ .

وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا ، وكرهه قوم ، وأجازه آخرون .. والذين أباحوه قاسوه على سائر الأفعال ، واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال : « أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا : إنكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية ، فإن عندنا معتوها فى القيود ، فقلنا لهم نعم ، فجاءوا به ، فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بريقى ثم أتفل عليه ، فكأنما أنشط من عقال ، فأعطونى جعلا ، فقلت لا حتى أسأل

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسألته فقال : «كُلْ فَلَعَمْرِى لَمَنْ أَكَلَ بِرُقْيَةِ بَاطِلاً فَلَقَدْ أَكَلْتَ بِرُقْيَةٍ حَقًّا» وبما روى عن أبى سعيد الخدرى «أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة ، فمروا بحى من أحياء العرب ، فقالوا : هل عندكم من راق ، فإن سيد الحى قد لدغ أو قد عرض له ، قال : فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ ، فأعطى قطيعا من الغنم ، فأبى أن يقبلها ، فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : بِمَ رَقَيْتَهُ ؟ قال : بفاتحة الكتاب ، قال : وما يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ ؟ قال : ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوهَا واضْرِبُوا لى مَعَكُمْ فيها بِسَهْمٍ» . وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا : هو من باب الجعل على تعليم الصلاة . قالوا : ولم يكن الجعل المذكور فى الإجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقى ، وسواء كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات . قالوا : وليس واجبا على الناس ، وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس .

وأما إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب ، فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على أن ينزو أكواما معلومة ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى . وحجة من لم يجز ذلك ماجاء من النهى عن عسيب الفحل ؛ ومن أجازه شبهه بسائر المنافع ، وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع . واستئجار الكلب أيضا هو من هذا الباب ، وهو لايجوز عند الشافعى ولا عند مالك . والشافعى يشترط فى جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها ، فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ، ولا طعام لتزيين الحانوت ، إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها ، فهو لايجوز عند مالك ولا عند الشافعى . ومن هذا الباب اختلاف المذهب فى إجارة الدراهم والدنانير ، وبالجملة كل ما لايعرف بعينه ، فقال ابن القاسم : لايصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان أبو بكر الأبهرى وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه . وإنما منع من منع إجارتها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بإتلاف عينها ؛ ومن أجاز إجارتها تصور فيها منفعة ، مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور فى هذا الباب ، فهذه هى مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس

المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهى مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنا فى المبيعات وما لايجوز . ومما ورد النهى فيه من هذا الباب ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان » قال الطحاوى : ومعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية من دفع القمح إلى الطحان بجزء من الدقيق الذى يطحنه ، قالوا : وهذا لايجوز عندنا ، وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ، ولا هى من الأشياء التى تكون ديونا على الذمم ، ووافقه الشافعى على هذا . وقال أصحابه : لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ، وهذا على مذهب مالك جائز ، لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم ، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا . وأما كسب الحجام ؛ فذهب قوم إلى تحريمه ، وخالفهم فى ذلك آخرون فقالوا : كسبه ردىء يكره للرجل ؛ وقال آخرون : بل هو مباح . والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب ؛ فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مِنَ السُّحْتِ كَسْبُ الحَجَّامِ » ، وبما روى عن أنس بن مالك قال « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام » وروى عن عون بن أبى جحيفة قال : اشترى أبى حجاما فكسر محاجمه ، فقلت له يا أبت لم كسرتها ؟ فقال « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم » . وأما من رأى إباحة ذلك ، فاحتج بما روى عن ابن عباس قال « احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » قالوا : ولو كان حراما لم يعطه ، وحديث جابر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا أبا طيبة فحجمه ، فسأله كم ضريبتك ؟ فقال : ثلاثة آصع ، فوضع عنه صاعا » وعنه أيضا « أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه أن يخففوا عنه » وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة جاء إلى مجلس الأنصار فقال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحنا » وبما روى « عن رجل من بنى حارثة كان له حجام ، وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك

فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعْلِفْ كَسْبَهُ نَاضِحَكَ وأَطْعِمْهُ رَقِيقَكَ » .

ومن هذا الباب أيضا اختلافهم فى إجارة دار بسكنى دار أخرى ، فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ، ولعله رآها من باب الدين بالدين ، وهذا ضعيف .

فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة . وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها ؛ فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعى اتفقوا بالجملة أن من شرط الإجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر ، وذلك إما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب ، وإما بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير ، وذلك إما بالزمان إن كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت ، وإما بالمكان إن كان مشيا مثل كراء الرواحل . وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز إجارات المجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف مايعود عليه . وعمدة الجمهور أن الإجارة بيع فامتنع فيها من الجهل - لمكان الغبن - ما امتنع فى المبيعات . واحتج الفريق الثانى بقياس الإجارة على القراض والمساقاة ؛ والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الأصول ؛ واتفق مالك والشافعى على أنهما إذا ضربا للمنفعة التى ليس لها غاية أمدا من الزمان محدودا ، وحددوا أيضا أول ذلك الأمد ، وكان أوله عقب العقد أن ذلك جائز . واختلفوا إذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد ، فقال مالك : يجوز إذا حدد الزمان ولم يحدد أوله ، مثل أن يقول له : استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرا بكذا ، ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة ؛ وقال الشافعى لايجوز ، ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة ، فمنعه الشافعى لأنه غرر ، وأجازه مالك لأنه معلوم بالعادة ، وكذلك لم يجز الشافعى إذا كان أول العقد متراخيا عن العقد ، وأجازه مالك . واختلف قول أصحابه فى استئجار الأرض غير المأمونة ، والتغيير فيما بعد من الزمان ؛ وكذلك اختلف مالك والشافعى فى مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع ؛ فمالك يجيز

ذلك السنين الكثيرة ، مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر ، مما لا يتغير الدار فى مثله ؛ وقال الشافعى : لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون فى أرض المطر وأرض السقى بالعيون وأرض السقى بالآبار والأنهار ؛ فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة ؛ وفصل ابن الماجشون فقال : لا يجوز الكراء فى أرض المطر إلا لعام واحد ، وأما أرض السقى بالعيون فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام وأربعة ؛ وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز إلا لعشرة أعوام فقط . فالاختلاف ههنا فى ثلاثة مواضع : فى تحديد أول المدة ، وفى طولها ، وفى بعدها من وقت العقد . وكذلك اختلف مالك والشافعى إذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذى يجب لأقل المدة مثل أن يقول : أكترى منك هذه الدار الشهر بكذا ، ولا يضربان لذلك أمدا معلوما ، فقال الشافعى : لا يجوز ؛ وقال مالك وأصحابه : يجوز على قياس : أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم ، وهذا لا يجوز غيره . وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع فى هذه الأشياء هل هو من الغرر المعفوّ عنه أو المنهى عنه ؟ ومن هذا الباب اختلافهم فى البيع والإجارة ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعى وأبو حنيفة ، ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع إلا الإجارة فقط . ومن هذا الباب اختلافهم فى إجارة المشاع ؛ فقال مالك والشافعى : هى جائزة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز ، لأن عنده أن الانتفاع بها مع الإشاعة متعذر ؛ وعند مالك والشافعى أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه : أعنى رب المال . ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظئر ، فمنع الشافعى ذلك على الإطلاق ، وأجاز ذلك مالك على الإطلاق : أعنى فى كل أجير ؛ وأجاز ذلك أبو حنيفة فى الظئر فقط . وسبب الخلاف هل هى إجارة مجهولة ، أم ليست مجهولة ؟ فهذه هى شرائط الإجارة الراجعة إلى الثمن والمثمون . وأما أنواع الإجارة فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين : إجارة منافع أعيان محسوسة ، وإجارة منافع فى الذمة قياسا على البيع . والذى فى الذمة من شرطه الوصف . والذى فى العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال فى المبيعات ، ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع ، وذلك فى الشىء الذى تستوفى منافعه ، وفى الشىء الذى تستوفى به

منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا ، والحمل الذى تستوفى به منفعة المركوب. وعند مالك أن الراكب لايحتاج أن يوصف ، وعند الشافعى يحتاج إلى الوصف ، وعند ابن القاسم أنه إذا استأجر الراعى على غنم بأعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط الخلف ، وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط . ومن شرط إجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين ؛ كما أن من شرط إجارة الأرض غير المأمونة السقى عنده أن لايشترط فيها النقد إلا بعد الرى . واختلفوا فى الكراء هل يدخل فى أنواعه الخيار أم لا ؟ فقال مالك : يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين ؛ وقال الشافعى : لايجوز ، فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو الذى يشتمل على النظر فى محالّ هذا العقد وأوصافه وأنواعه ، وهى الأشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الأركان ، وبها يوصف العقد إذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد إذا لم يكن على ذلك ، وبقى النظر فى الجزء الثانى ، وهو أحكام هذا العقد .

الجزء الثانى من هذا الكتاب

وهو النظر فى أحكام الإجارات

وأحكام الإجارات كثيرة ، ولكنها بالجملة تنحصر فى جملتين : الجملة الأولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه . الجملة الثانية : فى أحكام الطوارئ . وهذه الجملة تنقسم فى الأشهر إلى معرفة موجبات الضمان وعدمه ، ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ، ومعرفة حكم الاختلاف .

(الجملة الأولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء إذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن ؟ فعند مالك وأبى حنيفة : أن الثمن إنما يلزم جزءا فجزءا بحسب مايقبض من المنافع ، إلا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك مايوجب التقديم ، مثل أن يكون عوضا معينا أو يكون كراء فى الذمة . وقال الشافعى : يجب عليه الثمن بنفس العقد . فمالك رأى أن الثمن إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض ؛ والشافعى كأنه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة أو دارا وما أشبه ذلك ، هل

له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه ؟ فأجازه مالك والشافعى وجماعة قياسا على البيع ، ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه . وعمدتهم أنه من باب ربح ما لم يضمن ؛ لأن ضمان الأصل هو من ربه : أعنى من المكرى ، وأيضا فإنه من باب بيع مالم يقبض ، وأجاز ذلك بعض العلماء إذا أحدث فيها عملا : وممن لم يكره ذلك إذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور ، رأوا أن الإجارة فى هذا شبيهة بالبيع ، ومنها أن يكرى الدار من الذى أكراها منه ، فقال مالك : يجوز ، وقال أبو حنيفة : لايجوز ، وكأنه رأى أنه إذا كان التفاضل بينهما فى الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل . ومنها إذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرا ، أوما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه ، فقال مالك له ذلك ، وقال داود : ليس له ذلك . ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور المكتراة ، فالمشهور عن ابن القاسم أنه على أرباب الدور ، وروى عنه أنه على المكترى ، وبه قال الشافعى ؛ واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم ، فقال : الكنس فى هذه على رب الدار : ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الانهدام اليسير من الدار ، هل يلزم رب الدار إصلاحه ، أم ليس يلزم ؟ وينحط عنه من الكراء ذلك القدر ؟ فقال ابن القاسم : لايلزمه ، وقال غيره من أصحابه يلزمه . وفروع هذا الباب كثيرة ، وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب .

(الجملة الثانية : وهى النظر فى أحكام الطوارئ)

الفصل الأول منه ، وهو النظر فى الفسوخ

فنقول : إن الفقهاء اختلفوا فى عقد الإجارة ؛ فذهب الجمهور إلى أنه عقد لازم ، وحكى عن قوم أنه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة . والذين قالوا إنه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به ؛ فذهب جماعة فقهاء الأمصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم إلى أنه لاينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر ، مثل أن يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق . وعمدة الجمهور قوله

تعالى ـ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ـ لأن الكراء عقد على منافع فأشبه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع . وعمدة أبي حنيفة أنه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة . وقد اختلف قول مالك إذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص ؛ فقال عبدالوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الإجارة ، وإن عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه ، بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت قال : وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد ، وعلى المستأجر أن يأتى بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه ، قال : وقد قيل إنها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل . وقال بعض المتأخرين : إن ذلك ليس اختلافا فى المذهب وإنما ذلك على قسمين : أحدهما أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه ، فإن كان مما تقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل ، وإن كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ الإجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام فى حانوت وما أشبه ذلك . واشتراط ابن القاسم فى المدونة أنه إذا استأجر على غنم بأعيانها فإنه لا يجوز إلا أن يشترط الخلف هو التفات منه إلى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين ، لكن لما رأى التلف سائقا إلى الفسخ رأى أنه من باب الغرر ، فلم يجز الكراء عليها إلا باشتراط الخلف . ومن نحو هذا اختلافهم فى هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين : أعنى المكرى أو المكترى ؛ فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لا ينفسخ ويورث عقد الكراء ؛ وقال أبو حنيفة والثورى والليث : ينفسخ . وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة ، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع . وعمدة الحنفية أن الموت نقلة لأصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك ، فوجب أن يبطل أصله البيع فى العين المستأجرة مدة طويلة : أعنى أنه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك وإلا بقى الملك ليس له وارث ، وذلك خلاف الإجماع ، وربما شبهوا الإجارة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع ، والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد ، وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزءا فجزءا بقدر

ما يقبض من المنفعة ، قالوا : وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الإجارة ، فإن المستأجر يستوفى فى ملك الوارث حقا بموجب عقد فى غير ملك العاقد وذلك لايصح ؛ وإن مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعد موته ، والميت لايثبت عليه دين بإجماع بعد موته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك ؛ وعند مالك أن أرض المطر إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينفسخ ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن المكترى من أن يزرعها وسائر الجوائح التى تصيب الزرع لايحط عنه من الكراء شىء ، وعنده أن الكراء الذى يتعلق بوقت مّا أنه إن كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل فى أيام الحج فغاب المكرى عن ذلك الوقت أنه ينفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فإنه لاينفسخ ، هذا كله عنده فى الكراء الذى يكون فى الأعيان . فأما الكراء الذى يكون فى الذمة فإنه لاينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف فى الذمة . وفروع هذا الباب كثيرة ، وأصوله هى هذه التى ذكرناها .

الفصل الثانى وهو النظر فى الضمان

والضمان عند الفقهاء على وجهين : بالتعدى ، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال . فأما بالتعدى فيجب على المكرى باتفاق ، والخلاف إنما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أو لايوجبه وفى قدره ؛ فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكترى دابة إلى موضع مّا فتعدى بها إلى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء ، فقال الشافعى وأحمد : عليه الكراء الذى التزمه إلى المسافة المشترطة ، ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها ؛ وقال مالك : رب الدابة بالخيار فى أن يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة . وقال أبو حنيفة : لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ، ولا خلاف أنها إذا تلفت فى المسافة المتعداة أنه ضامن لها . فعمدة الشافعى أنه تعدى على المنفعة

فلزمه أجرة المثل أصله التعدى على سائر المنافع . وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الأصول الشرعية ، والأقرب إلى الأصول في هذه المسئلة هو قول الشافعي . وعند مالك أن عثار الدابة لو كانت عثور تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذلك إن كانت الحبال رثة ، ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد إلا من جهة المصلحة فهم الصناع ، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن مالكا ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف : يضمنون ما هلك عندهم ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر . وللشافعي قولان في المشترك . والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر ، وقيل هو الذي لم ينتصب للناس ، وهو مذهب مالك في الخاص ، وهو عنده غير ضامن ، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن ، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر ، وبتضمين الصناع قال علي وعمر ، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك . وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر ، فلأن العامل بغير أجر إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع ، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما ، فغلبت منفعة القابض ، أصله القرض والعارية عند الشافعي ، وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة ، والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه ، وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي ، وصاحب الحمام لا يضمن عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل يضمن . وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ، ولا خلاف أن

الصناع لايضمنون مالم يقبضوا فى منازلهم . واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا ، إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لاأجرة لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة ؛ ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لايمضى عمل الصانع باطلا ؛ ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت فى مقابلة العمل ، فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة لأنه رأى أن يشتركوا فى المصيبة . ومن هذا الباب اختلافهم فى ضمان صاحب السفينة ، فقال مالك : لاضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان إلا من الموج ، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر فى المصنوع أو قطع إذا عمله فى حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدا معه ، إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال ، مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ فى فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شىء عليه فى النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفى ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية ، قيل فى ماله ، وقيل على العاقلة .

الفصل الثالث فى معرفة حكم الاختلاف

وهو النظر فى الاختلاف ، وفى هذا الباب أيضا مسائل : فمنها أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع فى صفة الصنعة ، فقال أبو حنيفة : القول قول رب المصنوع ، وقال مالك وابن أبى ليلى : القول قول الصانع . وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ، ومن المدعى عليه ؟ . ومنها إذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع ، فالقول عند مالك قول الدافع ، وعلى الصناع البينة لأنهم كانوا ضامنين لما فى أيديهم ؛ وقال ابن الماجشون : القول قول الصناع إن كان ما دفع إليهم دفع بغير بينة ، وإن كان دفع إليهم ببينة فلا يبرءون إلا ببينة ؛ وإذا اختلف الصانع ورب المتاع

فى دفع الأجرة ، فالمشهور فى المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام بحدثان ذلك ، وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع ، وكذلك إذا اختلف المكرى والمكترى ، وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وإن طال ، وهو الأصل . وإذا اختلف المكرى والمكترى أو الأجير والمستأجر فى مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف فى جميع الزمان المضروب فى ذلك ، فالمشهور فى المذهب أن القول قول المكترى والمستاجر لأنه الغارم ، والأصول على أن القول قول الغارم ؛ وقال ابن الماجشون : القول قول المكترى له والمستأجر إذا كانت العين المستوفاة منها المنافع فى قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك . وأما مالم يكن فى قبضه مثل الأجير فالقول قول الأجير . ومن مسائل المذهب المشهورة فى هذا الباب اختلاف المتكاريين فى الدواب وفى الرواحل ، وذلك أن اختلافهما لايخلو أن يكون فى قدر المسافة أو نوعها ، أو قدر الكراء أو نوعه ، فإن كان اختلافهما فى نوع المسافة ، أو فى نوع الكراء ، فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين فى نوع الثمن ، قال ابن القاسم : انعقد أولم ينعقد ، وقال غيره : القول قول رب الدابة إذا انعقد وكان يشبه ما قال . وإن كان اختلافهما فى قدر المسافة ، فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير ، فالتحالف والتفاسخ ، وإن كان بعد ركوب كثير ، أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة فى المسافة إن انتقد وكان يشبه ماقال ، وإن لم ينتقد وأشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين ، فاجعل منه للمسافة التى ادعاها رب الدابة أعطيه ، وكذلك إن انتقد ولم يشبه قوله وإن اختلفا فى الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أولم ينقد لأنه مدعى عليه . وإن اختلفا فى الأمرين جميعا فى المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة : اكتريت منك إلى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار إلى إشبيلية ، فإن كان أيضا قبل الركوب أوبعد ركوب لاضرر عليهما فى الرجوع تحالفا وتفاسخا ، وإن كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة ، فإن كان لم ينقد المكترى شيئا كان القول قول رب الدابة فى المسافة ، والقول قول المكترى فى الثمن ، ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة إلى قرمونة ، على أنه لو كان الكراء به إلى إشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكترى ، وإن لم يشبه ما قال وأشبه رب الدابة غرم دينارين

وإن كان المكترى نقد الثمن الذى يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة فى المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لايرجع عليه بشىء منه إذ هو مدعى عليه فى بعضه ، وهو يقول : بل هولى وزيادة ، فيقبل قوله فيه لأنه قبضه ، ولا يقبل قوله فى الزيادة ، ويسقط عنه مالم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه ، إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقرّ به المكترى على المسافة كلها ، فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها ، وهذا القدر كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجعل

والجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها ، مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق . وقد اختلف العلماء فى منعه وجوازه ؛ فقال مالك : يجوز ذلك فى اليسير بشرطين : أحدهما أن لايضرب لذلك أجلا . والثانى أن يكون الثمن معلوما ؛ وقال أبو حنيفة : لايجوز ؛ وللشافعى قولان وعمدة من أجازه قوله تعالى ـ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ـ وإجماع الجمهور على جوازه فى الإباق والسؤال . وما جاء فى الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأم القرآن ، وقد تقدم ذلك . وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياسا على سائر الإجارات ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن الجعل لايستحق شىء منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم . واختلف مالك وأصحابه فى هذا الباب فى كراء السفينة ، هل هو جعل أو إجارة فقول مالك : ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ ، وهو قول ابن القاسم ذهابا إلى أن حكمها حكم الجعل . وقال ابن نافع من أصحابه : له قدر ما بلغ من المسافة ، فأجرى حكمه مجرى الكراء . وقال أصبغ : إن لجج فهو جعل وإن لم يلجج فهو إجارة له بحسب الموضع الذى وصل إليه . والنظر فى هذا الباب فى جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ومحله هو ما كان من الأفعال لاينتفع الجاعل بجزء منه ، لأنه إذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل[1] ،

---

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله للعمل ، لأن الملتزم للجعل هو المنتفع ، أو تجعل اللام للعلة ، تأمل اهـ مصححه

ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها ، وقلنا على حكم الجعل إنه إذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شيء ، فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ، ولذلك يختلف الفقهاء فى كثير من المسائل هل هو جعل أو إجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هى مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم فى المجاعلة على حفر الآبار ، وقالوا فى المغارسة إنها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة ، وهى عند مالك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معلوما ، فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الأرض متفق عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القراض

ولا خلاف بين المسلمين فى جواز القراض ، وأنه مما كان فى الجاهلية فأقره الإسلام . وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجلُ الرجلَ المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أىّ جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا ، وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة ، وأن الرخصة فى ذلك إنما هى لموضع الرفق بالناس ، وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعدّ ، وإن كان اختلفوا فيما هو تعدّ مما ليس بتعد . وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لايقترن به شرط يزيد فى مجهلة الربح أو فى الغرر الذى فيه وإن كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لايقتضى . وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا فى غير ذلك . وبالجملة فالنظر فيه : فى صفته وفى محله وفى شروطه وفى أحكامه ، ونحن نذكر فى باب باب من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائلهم .

الباب الأول فى محله

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها . وأما محله فإنهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا فى العروض فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لايجوز القراض بالعروض ، وجوّزه ابن أبى ليلى . وحجة الجمهور أن

رأس المال إذا كان عروضا كان غررا لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة مّا ، ويرده وهو يساوى قيمة غيرها ، فيكون رأس المال والربح مجهولا . وأما إن كان رأس المال ما به يباع العروض ، فإن مالكا منعه والشافعى أيضا ، وأجازه أبو حنيفة . وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها ، فكأنه قراض ومنفعة ، مع أن ما يبيع به السلعة مجهول ، فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول ، ويشبه أن يكون أيضا إنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض فى ذلك من البيع ، وحينئذ ينضّ رأس مال القراض ، وكذلك إن أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ، ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز ، ولعل هذا هو الذى جوّزه ابن أبى ليلى ، بل هو الظاهر من قولهم ؛ فإنهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوبا يبيعه ، فما كان فيه من ربح فهو بينهما ، وهذا إنما هو على أن يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب ، ويشبه أيضا إن جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض فى تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه . واختلف قول مالك فى القراض بالنقد من الذهب والفضة ، فروى عنه أشهب منع ذلك ، وروى ابن القاسم جوازه ، ومنعه فى المصوغ ، وبالمنع فى ذلك قال الشافعى والكوفى ، فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ، ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها . واختلف أيضا أصحاب مالك فى القراض بالفلوس ، فمنعه ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، وبه قال محمد بن الحسن ؛ وجمهور العلماء مالك والشافعى وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضا قبل أن يقبضه ؛ أما العلة عند مالك فمخافة أن يكون اعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه ، فيكون الربا المنهى عنه . وأما العلة عند الشافعى وأبى حنيفة ، فإن ما فى الذمة لايتحول ويعود أمانة . واختلفوا فيمن أمر رجلا أن يقبض دينا له على رجل آخر ، ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه ، لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة ، وهو ما كلفه من قبضه ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فى القراض أنه فاسد ؛ وأجاز ذلك الشافعى والكوفى ، قالوا : لأنه وكله على القبض ، لأنه جعل القبض شرطا فى المصارفة ، فهذا هو القول فى محله . وأما صفته فهى الصفة التى قدمناها .

الباب الثانى فى مسائل الشروط

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هى ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى مجهلة زائدة . ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز ، لأنه يصير ذلك الذى انعقد عليه القراض مجهولا ، وهذا هو الأصل عند مالك فى أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه ، فهذه جملة ما اتفقوا عليه وإن كانوا قد اختلفوا فى التفصيل ؛ فمن ذلك اختلافهم إذا شرط العامل الربح كله له ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعى لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : هو قرض لا قراض ؛ فمالك رأى أنه إحسان من رب المال وتطوع ، إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير ؛ والشافعى رأى أنه غرر ، لأنه إن كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض ، وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شىء . ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل ، فقال مالك : لا يجوز القراض وهو فاسد، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه ؛ القراض جائز والشرط باطل . وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر فى القراض ففسد ؛ وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد فى البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة المتقدم . واختلفوا فى المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف ، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس مّا من السلع ، أو تعيين جنس مّا من البيع ، أو تعيين موضع مّا للتجارة ، أو تعيين صنف مّا من الناس يتجر معهم . فقال مالك والشافعى فى اشتراط جنس من السلع : لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا مّا من أوقات السنة ؛ وقال أبو حنيفة : يلزمه ما اشترط عليه ، وإن تصرف فى غير ما اشترط عليه ضمن . فمالك والشافعى رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك ؛ وأبو حنيفة استخفّ الغرر الموجود فى ذلك ، كما لو اشترط عليه أن لا يشترى جنسا مّا من السلع لكان على شرطه فى ذلك بإجماع . ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور ، وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا ؛ فمن لم يجزه

رأى أن فى ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غرر ، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه فى ذلك ضرر ؛ ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل فى حصته من الربح ، فقال مالك فى الموطأ : لايجوز ، ورواه عنه أشهب ؛ وقال ابن القاسم : ذلك جائز ، ورواه عن مالك ، وبقول مالك قال الشافعى . وحجة من لم يجزه أنه تعوض حصة العامل ورب المال مجهولة ، لأنه لايدرى كم يكون المال فى حين وجوب الزكاة فيه ، وتشبيها باشتراط زكاة أصل المال عليه : أعنى على العامل ، فإنه لايجوز باتفاق وحجة ابن القاسم أنه يرجع إلى جزء معلوم النسبة وإن لم يكن معلوم القدر ، لأن الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى ، فكأنه اشترط عليه فى الربح الثلث إلا ربع العشر ، أو النصف إلا ربع العشر ، أو الربع إلا ربع العشر ، وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال ، لأن ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة ، فكان ممكنا أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا ، وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رب المال ؟ فى المذهب فيه قولان : قيل بالفرق بين العامل ورب المال ، وقيل يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولا يجوز أن يشترطه رب المال على العامل ؛ وقيل عكس هذا . واختلفوا فى اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال ، فأجازه مالك والشافعى وأبو حنيفة ؛ وقال أشهب من أصحاب مالك : لايجوز ذلك ، فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ، ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال . فأما إن اشترط العامل غلامه ، فقال الثورى : لايجوز ، وللغلام فيما عمل أجرة المثل ، وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولا .

القول فى أحكام القراض

والأحكام ، منها ما هى أحكام القراض الصحيح ، ومنها ما هى أحكام القراض الفاسد . وأحكام القراض الصحيح ، منها ما هى من موجبات العقد ، أعنى أنها تابعة لموجب العقد ، ومختلف فيها هل هى تابعة أو غير تابعة ؟ ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد ، مثل التعدى

والاختلاف وغير ذلك : ونحن نذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند فقهاء الأمصار . ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول : إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض ، وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل فى القراض . واختلفوا إذا شرع العامل ، فقال مالك : هو لازم ، وهو عقد يورّث ، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا فى القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة: لكل واحد منهم الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقد يورث . فمالك ألزمه بعد الشروع فى العمل لما فيه من ضرر ، ورآه من العقود الموروثة . والفرقة الثانية شبهت الشروع فى العمل بما بعد الشروع فى العمل . ولا خلاف بينهم أن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينضّ جميع رأس المال ، وأنه إن خسر ثم اتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح . واختلفوا فى الرجل يدفع إلى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ، ثم يعمل فيه فيربح ، فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك ، هل له ذلك أم لا ؟ فقال مالك وجمهور العلماء : إن صدّقه رب المال ، أو دفع رجل مالا قراضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقى عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الأول . وقال ابن حبيب من أصحاب مالك إنه يلزمه فى ذلك القول ، ويكون الباقى قراضا ، وهذه المسئلة هى من أحكام الطوارئ ، ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة ، وهى من أحكام العقد . واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا ؟ على ثلاثة أقوال : فقال الشافعى فى أشهر أقواله : لا نفقة له أصلا إلا أن يأذن له رب المال ؛ وقال قوم : له نفقته ، وبه قال إبراهيم النخعى والحسن ، وهو أحد ما روى عن الشافعى ؛ وقال آخرون : له النفقة فى السفر من طعامه وكسوته ، وليس له شىء فى الحضر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وجمهور العلماء ، إلا أن مالكا قال : إذا كان المال يحمل ذلك ؛ وقال الثورى : ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا ؛ وقال الليث : يتغدى فى المصر ولا يتعشى ؛ وروى عن الشافعى أن له نفقته فى المرض ، والمشهور عنه مثل قول الجمهور : أن لا نفقة له

فى المرض . وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة فى القراض فلم يجز . أصله المنافع . وحجة من أجازه أن عليه العمل فى الصدر الأول . ومن أجازه فى الحضر شبهه بالسفر . وأجمع علماء الأمصار على أنه لايجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال ، وأن حضور رب المال شرط فى قسمة المال وأخذ العامل حصته ، وأنه ليس يكفى فى ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها .

القول فى أحكام الطوارئ

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال أو بعضه ؛ فقال مالك : إن أذن له رب المال فى ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى : ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ، ثم يقتسمان فضلا إن كان هنالك . واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع . فقال مالك : البيع لازم للعامل ، ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ، ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة ، وإن شاء تبرأ عنها ؛ وقال أبو حنيفة : بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبه بالوكيل ، إلا أنه قال : يكون رأس المال فى ذلك القراض الثمنين ، ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عينا : أعنى ثمن تلك السلعة التى تلفت أولا ، والثمن الثانى الذى لزمه بعد ذلك . واختلفوا فى بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض ، فكره ذلك مالك ، وأجازه أبو حنيفة على الإطلاق ، وأجازه الشافعى بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لايتغابن الناس بمثله . ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له فى السلعة من أجل ما قارضه ، فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذى اشترط عليه . ولا أعرف خلافا بين فقهاء الأمصار أنه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة أنها على العامل لا على رب المال ، لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجر به ، فما كان من خسران فى المال فعليه ، وكذلك ما زاد على المال واستغرقه . واختلفوا فى العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض ، فقال مالك : ذلك

لايجوز ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : ذلك جائز ، ويكون الربح بينهما على شرطهما . وحجة مالك أنه كما لايجوز أن يستدين على المقارضة ، كذلك لايجوز أن يأخذ دينا فيها . واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به رب المال ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، فإن فعل ضمن ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : له ذلك . والجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف فى عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا فى أكثر الأحوال ؛ فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس فى الأغلب لم يجزه ؛ ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازه . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث فى العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال ، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا : هو تعدّ ويضمن ؛ وقال مالك : ليس بتعد . ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران ؛ وإن كان ربح فذلك على شرطه ، ثم يكون للذى عمل شرطه على الذى دفع إليه ، فيوفيه حظه مما بقى من المال وقال المزنى عن الشافعي : ليس له إلا أجرة مثله ، لأنه عمل على فساد .

القول فى حكم القراض الفاسد

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل . واختلفوا إذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه فى واجب عمله على أقوال : أحدها أنه يرد جميعه إلى قراض مثله ، وهى رواية ابن الماجشون عن مالك ، وهو قوله وقول أشهب . والثانى أنه يرد جميعه إلى إجارة مثله ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبى سلمة من أصحاب مالك ، وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه ، وإنما له الأقل مما سمى أو من قراض مثله إن كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض ، أو الأكثر من قراض مثله ، أو من الجزء الذى سمى له إن كان المقارض هو مشترط الشرط الذى يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض ، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك . والرابع أنه يرد إلى

قراض مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه فى المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه ، وإلى إجارة مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست فى المال وفى كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل ، وهو قول مطرّف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ ، واختاره ابن حبيب ؛ وأما ابن القاسم فاختلف قوله فى القراضات الفاسدة ، فبعضها وهو الأكثر قال : إن فيها أجرة المثل ، وفى بعضها قال : فيها قراض المثل . فاختلف الناس فى تأويل قوله ؛ فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذى ذهب إليه ابن عبد الحكم ومطرف ، وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى رحمة الله عليه . ومنهم من لم يعلل قوله وقال : إن مذهبه أن كل قراض فاسد ففيه أجرة المثل إلا ثلاث التى نص فيها قراض المثل وهى سبعة : القراض بالعروض ، والقراض بالضمان ، والقراض إلى أجل ، والقراض المبهم ، وإذا قال له اعمل على أن لك فى المال شركا ، وإذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه فحلفا على دعواهما ، وإذا دفع إليه المال على أن لايشترى به إلا بالدين فاشترى بالنقد ، أو على أن لايشترى إلا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به . وهذه المسائل يجب أن تردّ إلى علة واحدة ، وإلا فهو اختلاف من قول ابن القاسم ، وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم أنه فصّل فقال : إن كان الفساد من جهة العقد رُدّ إلى قراض المثل ، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل ، والأشبه أن يكون الأمر فى هذا بالعكس . والفرق بين الأجرة وقراض المثل أن الأجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان فى المال ربح أو لم يكن ، وقراض المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه ، وإلا فلا شىء له .

القول فى اختلاف المتقارضين

واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه ، فقال مالك : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ، وكذلك الأمر عنده فى جميع دعاويه إذا أتى بما يشبه ، وقال الليث : يحمل على قراض مثله ، وبه قال مالك إذا أتى بما لايشبه ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : القول قول

رب المال ، وبه قال الثورى ؛ وقال الشافعى : يتحالفان ويتفاسخان ، ويكون له أجرة مثله . وسبب اختلاف مالك وأبى حنيفة اختلافهم فى سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه ، هل ذلك لأنه مدعى عليه ، أو لأنه فى الأغلب أقوى شبهة ؛ فمن قال لأنه مدعى عليه قال القول قول رب المال ؛ ومن قال لأنه أقواهما شبهة فى الأغلب قال : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ؛ وأما الشافعى فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة . وهذا كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب المساقاة

القول فى المساقاة

أما أولا ففى جوازها . والثانى : فى معرفة الفساد والصحة فيها . والثالث : فى أحكامها .

القول فى جواز المساقاة

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وأحمد وداود ، وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ، ومن الإجارة المجهولة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز المساقاة أصلا . وعمدة الجمهور فى إجازتها حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته « أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر « أُقِرُّكُمْ عَلَى مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ عَلَى أَنَّ التَّمْرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ » قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ، ثم يقول « إنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وإنْ شِئْتُمْ فَلِى » وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار فى معناه؛ وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الأثر للأصول مع أنه حكم مع اليهود ، واليهود يحتمل أن يكون أقرهم على أنهم عبيد ، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة ، إلا أنا إذا أنزلنا أنهم ذمة كان مخالفا للأصول ، لأنه بيع مالم يخلق ؛ وأيضا فإنه من المزابنة ، وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا ، لأن القسمة بالخرص بيع الخرص ، واستدلوا على مخالفته للأصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة أنه كان يقول لهم عند الخرص « إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين ، وإن شئتم فلى وأضمن نصيبكم » وهذا حرام بإجماع . وربما قالوا إن النهى الوارد عن المخابرة هو ماكان من هذا الفعل بخيبر . والجمهور يرون أن المخابرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، قالوا : ومما يدل على نسخ هذا الحديث ، أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الأرض بما يخرج منها ، لأن المساقاة تقتضى جواز ذلك ، وهو خاص أيضا فى بعض روايات أحاديث المساقاة ، ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعى ، أعنى بما جاء من « أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وهى زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

القول فى صحة المساقاة

والنظر فى الصحة راجع إلى النظر فى أركانها ، وفى وقتها ، وفى شروطها المشترطة فى أركانها . وأركانها أربعة : المحل المخصوص بها . والجزء الذى تنعقد عليه . وصفة العمل الذى تنعقد عليه . والمدة التى تجوز فيها وتنعقد عليها .

(الركن الأول : فى محل المساقاة) واختلفوا فى محل المساقاة ، فقال داود : لاتكون المساقاة إلا فى النخيل فقط ؛ وقال الشافعى : فى النخل والكرم فقط ؛ وقال مالك : تجوز فى كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة ، وتكون فى الأصول غير الثابتة كالمقاثئ والبطيخ مع عجز صاحبها عنها ، وكذلك الزرع ، ولا تجوز فى شىء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار ، فإنه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تستغل ؛ فعمدة من قصره على

النخل أنها رخصة ، فوجب أن لايتعدى بها محلها الذى جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام ، فوجب تعدية ذلك إلى الغير . وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التى علقت الرخص بالنص بها ؛ وقوم منعوا القياس على الرخص ؛ وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة ، فالمساقاة على أصوله مطردة ؛ وأما الشافعى فإنما أجازها فى الكرم من قبل أن الحكم فى المساقاة هو بالخرص ، وقد جاء فى حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص فى النخل والكرم وإن كان ذلك فى الزكاة ، فكأنه قاس المساقاة فى ذلك على الزكاة ، والحديث الذى ورد عن عتاب بن أسيد هو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره أن يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيبا ، كما تؤدى زكاة النخل تمرا » ودفع داود حديث عتاب ابن أسيد لأنه مرسل ، ولأنه انفرد به عبد الرحمن بن إسحاق وليس بالقوى . واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار ، هل يجوز أن تساق الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض ؟ فذهب إلى جواز ذلك طائفة ، وبه قال صاحبا أبى حنيفة والليث وأحمد والثورى وابن أبى ليلى وجماعة ؛ وقال الشافعى وأهل الظاهر : لا تجوز المساقاة إلا فى الثمر فقط ؛ وأما مالك فقال : إذا كانت الأرض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها فى المساقاة اشترط جزءا خارجا منها أو لم يشترطه ، وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه ، أعنى أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه ، ولم يجز أن يشترط رب الأرض أن يزرع البياض لنفسه ، لأنها زيادة ازدادها عليه ؛ وقال الشافعى : ذلك جائز [١] ؛ وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا ، أعنى على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم ؛ وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهى عن كراء الأرض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج ، وقد تقدم

---

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله متناقض فى النقل عن الشافعى ، فإنه نقل عنه أولا أنه لايجوز إلا فى الثمرة وهنا أنه تجوز المساقاة فى الأرض والنخل معا فلعل له قولين ، تأمل اهـ مصححه .

ذلك ؛ وقال أحمد بن حنبل : أحاديث رافع مضطربة الألفاظ ، وحديث ابن عمر أصح . وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف ، وهو استحسان مبنى على غير الأصول ، لأن الأصول تقتضى أنه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل ؛ فأجازها مالك والشافعى وأصحابه ومحمد بن الحسن ؛ وقال الليث : لاتجوز المساقاة فى البقل ، وإنما أجازها الجمهور لأن العامل وإن كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال أخر ، مثل الإبار وغير ذلك ؛ وأما الليث فيرى السقى بالماء هو الفعل الذى تنعقد عليه المساقاة ، ولمكانه وردت الرخصة فيه .

(الركن الثانى) وأما الركن الذى هو العمل ، فإن العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والإبار . واختلفوا فى الجذاذ على من هو ؟ وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال فى الموطأ : السنة فى المساقاة التى يجوز لرب الحائط أن يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر ، هذا وأشباهه هو على العامل ، وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ، ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعى : ليس عليه سد الحظار لأنه ليس من جنس ما يؤثر فى زيادة الثمرة مثل الإبار والسقى . وقال محمد بن الحسن : ليس عليه تنقية السوانى والأنهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعى : هو على العامل ، إلا أن مالكا قال : إن اشترطه العامل على رب المال جاز ؛ وقال الشافعى : لايجوز شرطه وتنفسخ المساقاة إن وقع ؛ وقال محمد بن الحسن : الجذاذ بينهما نصفان ؛ وقال المحصلون من أصحاب مالك : إن العمل فى الحائط على وجهين : عمل ليس له تأثير فى إصلاح الثمرة ، وعمل له تأثير فى إصلاحها . والذى له تأثير فى إصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ، ومنه ما لا يبقى بعد الثمر . فأما الذى ليس له تأثير فى إصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط إلا الشىء اليسير منه . وأما ماله تأثير فى إصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لا بنفس العقد ، مثل إنشاء حفر بئر ، أو إنشاء ظفيرة للماء ، أو إنشاء غرس ، أو إنشاء بيت يجنى فيه الثمر . وأما ما له تأثير فى إصلاح الثمر ولا يتأبد ، فهو لازم بنفس

العقد ، وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك ؛ وأجمعوا على أن ما كان فى الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل . واختلفوا فى شرط العامل ذلك على المساقى ، فقال مالك : يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبل المساقاة . وأما إن اشترط فيها ما لم يكن فى الحائط فلا يجوز ؛ وقال الشافعى : لابأس بذلك وإن لم يكن فى الحائط ، وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك ؛ وقال محمد بن الحسن : لايجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ؛ ووجه كراهيته ذلك ما يلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ؛ ومن أجازه رأى أن ذلك تافه ويسير ، ولتردد الحكم بين هذين الأصلين استحسن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم ، لأن اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر ، وإنما فرق محمد بن الحسن لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة ، وهو العمل بيده . واتفق القائلون بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل إلا ما يعمل بيده أن ذلك لايجوز ، لأنها إجارة بما لم يخلق ، فهذه هى صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

(الركن الثالث) وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر ، فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل فى القراض ، وقد قيل إن ذلك منحة لامساقاة ، وقيل لايجوز . واتفقوا على أنه لايجوز فيها اشتراط منفعة زائدة ، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئا من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلا الشىء اليسير عند مالك مثل سد الحظار وإصلاح الظفيرة وهى مجتمع الماء ؛ ولا يجوز عند مالك أن يساقى على حائطين : أحدهما على جزء ، والآخر على جزء آخر ، واحتج بفعله عليه الصلاة والسلام فى خيبر ، وذلك أنه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد ؛ وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى فى الثمر لاتكون إلا بالكيل ، وكذلك فى الشركة ، وأنها لاتجوز بالخرص ؛ وأجاز قوم قسمتها بالخرص . واختلف فى ذلك أصحاب مالك ، واختلفت الرواية عنه ، فقيل يجوز ، وقيل لايجوز من الثمار فى الربوية ويجوز فى غير ذلك ، وقيل يجوز بإطلاق إذ

اختلفت حاجة الشريكين . وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام نسيئة . وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص فى الزكاة ، وفيه ضعف . وأقوى ما اعتمدوا عليه فى ذلك ما جاء من الخرص فى مساقاة خيبر من مرسل سعيد ابن المسيب وعطاء بن يسار .

(الركن الرابع) وأما اشتراط الوقت فى المساقاة فهو صنفان : وقت هو مشترط فى جواز المساقاة ، ووقت هو شرط فى صحة العقد ، وهو المحدد لمدتها . فأما الوقت المشترط فى جواز عقدها فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح . واختلفوا فى جواز ذلك بعد بدو الصلاح ، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لايجوز بعد الصلاح . وقال سحنون : من أصحاب مالك لابأس بذلك . واختلف قول الشافعى فى ذلك ؛ فمرة قال : لا يجوز ، ومرة قال : يجوز ، وقد قيل عنه إنها لاتجوز إذا خلق التمر . وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من التمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة إذ كان يجوز بيعه فى ذلك الوقت ، قالوا : وإنما هى إجارة إن وقعت . وحجة من أجازها أنه إذا جازت قبل أن يخلق التمر فهى بعد بدو الصلاح أجوز ، ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لأنه يجوز بيعها ، أعنى عند الجمهور . وأما الوقت الذى هو شرط فى مدة المساقاة ، فإن الجمهور على أنه لايجوز أن يكون مجهولا : أعنى مدة غير مؤقتة ، وأجاز طائفة أن يكون إلى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر . وعمدة الجمهور مايدخل فى ذلك من الغرر قياسا على الإجارة ؛ وعمدة أهل الظاهر ما وقع فى مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم « أقركم ما أقركم الله » وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين ، وانقضاء السنين فيها هو بالجذ لابالأهلة . وأما هل اللفظ شرط فى هذا العقد ، فاختلفوا فى ذلك ؛ فذهب ابن القاسم إلى أن من شرط صحتها أن لاتنعقد إلا بلفظ المساقاة ، وأنه ليس تنعقد بلفظ الإجارة ، وبه قال الشافعى ؛ وقال غيرهم : تنعقد بلفظ الإجارة ، وهو قياس قول سحنون .

القول فى أحكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لابالعمل بخلاف القراض عنده الذى ينعقد بالعمل لاباللفظ ، وهو عند مالك عقد موروث ، ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء، وعليه العمل إن أبى الورثة من تركته ؛ وقال الشافعى إذا لم يكن له تركة سلم إلى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد ، وإن كانت له تركة لزمته المساقاة ؛ وقال الشافعى : تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل ؛ وقال مالك إذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وإن يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر ، وإذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك . وحكى عن الشافعى أنه قال : يلزمه أن يقيم غيره للعمل ؛ وقال الشافعى : إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضى عليه من يعمل عمله ، ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ، ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله فى الشركاء : وإذا اختلف رب المال والعامل فى مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر ، فقال مالك : القول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه ؛ وقال الشافعى : يتحالفان ويتفاسخان ، وتكون للعامل الأجرة شبهه بالبيع ؛ وأوجب مالك اليمين فى حق العامل لأنه مؤتمن ، ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة . وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هى هذه التى ذكرناها .

أحكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذى جوّزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تفت بالعمل . واختلفوا إذا فاتت بالعمل ما ذا يجب فيها ؟ فقيل إنها تردّ إلى إجارة المثل فى كل نوع من أنواع الفساد ، وهو قياس قول الشافعى وقباه ، إحدى الروايتين عن مالك ؛ وقيل إنها ترد إلى مساقاة المثل بإطلاق ، هو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك ؛ وأما ابن القاسم فقال فى بعضها :

ترد إلى مساقاة مثلها ، وفى بعضها : إلى إجارة المثل . واختلف التأويل عنه فى ذلك ، فقيل فى مذهبه إنها تردّ إلى إجارة المثل إلا فى أربع مسائل فإنها ترد إلى مساقاة مثلها : إحداها المساقاة فى حائط فيه تمر قد أطعَم . والثانية إذا اشترط المساق على رب المال أن يعمل معه . والثالثة المساقاة مع البيع فى صفقة واحدة . والرابعة إذا ساقاه فى حائط سنة على الثلث وسنة على النصف ؛ وقيل إن الأصل عنده فى ذلك أن المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الإجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه ، وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة ردّ فيها إلى أجرة المثل ، مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم ، وذلك أن هذه الزيادة إن كانت من رب الحائط كانت إجارة فاسدة ، وإن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد إلى مساقاة المثل ، وهذا كله استحسان جار على غير قياس . وفى المسئلة قول رابع ، وهو أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذى شرط عليه إن كان للمساق ، أو أقل إن كان الشرط للمساق ، وهذا كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الشركة

والنظر فى الشركة ، فى أنواعها ، وفى أركانها الموجبة للصحة فى الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه ، وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه فى هذا الكتاب . والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع : شركة العنان : وشركة الأبدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه . واحدة منها متفق عليها ، وهى شركة العنان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، وإن كانوا اختلفوا فى بعض شروطها على ما سيأتى بعد . والثلاثة مختلف فيها ، ومختلف فى بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

القول فى شركة العنان

وأركان هذه الشركة ثلاثة : الأول : محلها من الأموال . والثانى : فى معرفة

قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث فى معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

(الركن الأول) فأما محل الشركة ، فمنه مااتفقوا عليه ، ومنه ما اختلفوا فيه ؛ فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز فى الصنف الواحد من العين : أعنى الدنانير والدراهم ، وإن كانت فى الحقيقة بيعا لاتقع فيه مناجزة ، ومن شرط البيع فى الذهب وفى الدراهم المناجزة ، لكن الإجماع خصص هذا المعنى فى الشركة ؛ وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا فى الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة ، مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر ، وبالطعام الربوى إذا كان صنفا واحدا ، فههنا ثلاث مسائل :

(المسئلة الأولى) فأما إذا اشتركا فى صنفين من العروض ، أو فى عروض ودراهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم ، وهو مذهب مالك ، وقد قيل عنه إنه كره ذلك . وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كأن كل واحد منهما باع جزءا من عرضه بجزء من العرض الآخر ؛ ومالك يعتبر فى العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم ؛ والشافعى يقول : لاتنعقد الشركة إلا على أثمان العروض ؛ وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعى يشير إلى أن الشركة مثل القراض لا تجوز إلا بالدراهم والدنانير ، قال : والقياس أن الإشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

(المسئلة الثانية) وأما إن كان الصنفان مما لايجوز فيهما النّساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف فى ذلك قول مالك ؛ فأجازه مرة ، ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التناجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز ؛ وبالمنع قال ابن القاسم ، ومن لم يعتبر هذه العلل أجاز ها .

(المسئلة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد ، فأجازها ابن القاسم قياسا على إجماعهم على جوازها فى الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك فى أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذى يدخل فيه ، إذ

رأى أن الأصل هو أن لايقاس على موضع الرخصة بالإجماع ؛ وقد قيل إن وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر إلى الاستواء فى القيمة ، والبيع يفتقر إلى الاستواء فى الكيل ، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلى استواء القيمة والكيل وذلك لايكاد يوجد ، فكره مالك ذلك ، فهذا هو
استواء القيمة والكيل وذلك لايكاد يوجد ، فكره مالك ذلك فهذا هو
اختلافهم فى جنس محل الشركة . واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلطا إما حسا وإما حكما ، مثل أن يكونا فى صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ؛ وقال الشافعى : لاتصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطا لايتميز به مال أحدهما من مال الآخر ؛ وقال أبو حنيفة : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده . فأبو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ؛ ومالك اشترط إلى ذلك اشتراك التصرف فى المال ؛ والشافعى اشترط إلى هذين الاختلاط . والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه .

(فأما الركن الثانى) وهو وجه اقتسامهما الربح ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعا لرءوس الأموال ، أعنى إن كان أصل مال الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين . واختلفوا هل يجوز أن يختلف رءوس أموالهما ويستويان فى الربح ؟ فقال مالك والشافعى : ذلك لايجوز ؛ وقال أهل العراق : يجوز ذلك . وعمدة من منع ذلك أن تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءا من الخسران لم يجز كذلك إذا اشترط جزءا من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين : أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض ، وذلك أنه لما جاز فى القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملا فقط كان فى الشركة أحرى أن يجعل للعمل جزء من المال إذا كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا ، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه ، فإن الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك .

(وأما الركن الثالث) الذى هو العمل ، فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال

فلا يعتبر بنفسه ، وهو عند أبى حنيفة يعتبر مع المال ؛ وأظن أن من العلماء من لايجيز الشركة إلا أن يكون مالاهما متساويين التهاتا إلى العمل ، فإنهم يرون أن العمل فى الغالب مستو فإذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ، ولهذا قال ابن المنذر : أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين ما لامثل مال صاحبه من نوعه : أعنى دراهم أو دنانير ، ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحدا لايتميز . على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه ، واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

القول فى شركة المفاوضة

واختلفوا فى شركة المفاوضة ؛ فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها ، وإن كان اختلفوا فى بعض شروطها ؛ وقال الشافعى : لاتجوز . ومعنى شركة المفاوضة أن يفوّض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع الممتلكات . وعمدة الشافعى أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال ، فإن الأرباح فروع ، ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها ؛ وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لايجوز ، وهذه صفة شركة المفاوضة . وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءا من ماله بجزء من مال شريكه ، ثم وكل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يده . والشافعى يرى أن الشركة ليست هى بيعا ووكالة . وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله فى أنه لايراعى فى شركة العنان إلا النقد فقط . وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة ، فإن أباحنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى فى رءوس الأموال ؛ وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان ؛ وقال أبو حنيفة : لايكون لأحدهما شىء

إلا أن يدخل فى الشركة . وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين ، أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما .

القول فى شركة الأبدان

وشركة الأبدان بالجملة عند أبى حنيفة والمالكية جائزة ، ومنع منها الشافعى . وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال ، لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم ، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه . وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنية ، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل . وما روى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر ، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئا ، فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما . وأيضا فان المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة ؛ وللشافعى أن المقارضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ؛ ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان ؛ وقال أبو حنيفة : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، فيشترك عنده الدباغ والقصار ، ولا يشتركان عند مالك . وعمدة مالك زيادة الغرر الذى يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان . وعمدة أبى حنيفة جواز الشركة على العمل .

القول فى شركة الوجوه

وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة ؛ وقال أبو حنيفة : جائزة . وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال . وعمدة مالك والشافعى أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان فى هذه المسئلة مع ما فى ذلك من الغرر ، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص ؛ وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

القول فى أحكام الشركة الصحيحة

وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة : أى لأحد الشريكين أن

ينفصل من الشركة متى شاء ، وهي عقد غير موروث ، ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا فى العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوزله أن يهب شيئا من مال الشركة ، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفا يرى أنه نظر لهما ؛ وأما من قصر فى شىء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض ، فإنه يضمن لأنه قصر إذ لم يشهد ، وله أن يقبل الشىء المعيب فى الشراء وإقرار أحد الشريكين فى مال لمن يتهم عليه لا يجوز ، وتجوز إقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه وينتزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه فى مال التجارة ، وفروع هذا الباب كثيرة .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم)

كتاب الشفعة

والنظر فى الشفعة أولا فى قسمين : القسم الأول : فى تصحيح هذا الحكم وفى أركانه . القسم الثانى : فى أحكامه .

(القسم الأول) فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون عليه ، لما ورد فى ذلك من الأحاديث الثابتة ، إلا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع ، وأركانها أربعة : الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة .

(الركن الأول) وهو الشافع ، ذهب مالك والشافعى وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم ؛ وقال أهل العراق : الشفعة مرتبة ، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت فى الطرق أو فى الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق ؛ وقال أهل المدينة : لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم . وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة ،

وحديث جابر أيضا « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » خرجه مسلم والترمذى وأبو داود . وكان أحمد بن حنبل يقول : حديث معمر عن الزهرى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أصح ما روى فى الشفعة . وكان ابن معين يقول : مرسل مالك أحبّ إلىّ ، إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفا ، وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب فى إسناده توهينا له ، وقد روى عن مالك فى غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبى هريرة ، ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهى أحرى أن لاتكون واجبة للجار ، وأيضا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم . وعمدة أهل العراق حديث أبى رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ » وهو حديث متفق عليه ، وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « جارُ الدَّارِ أحَقُّ بِدَارِ الجارِ » وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة ، وكان هذا المعنى موجودا فى الجار وجب أن يلحق به ؛ ولأهل المدينة أن يقولوا : وجود الضرر فى الشركة أعظم منه فى الجوار . وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضى أن لايخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار فى هذا الباب ، فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولأهل المدينة من الصحابة .

(الركن الثانى) وهو المشفوع فيه ، اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والأرضين كلها ، واختلفوا فيما سوى ذلك . فتحصيل مذهب مالك أنها فى ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين . والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لاينتقل ولا يحوّل ، وذلك كالبئر ومحالّ النخل ، مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذى هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم . والثالث ما تعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كراء

الأرض للزرع وكتابة المكاتب . واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا ؛ وأما ماعدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده ، وكذلك لاشفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصة الدار . واختلف عنه فى أكرية الدور وفى المساقاة وفى الدين ، هل يكون الذى عليه الدين أحق به ، وكذلك الذى عليه الكتابة؛وبه قال عمر بن عبدالعزيز . وروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين » وبه قال أشهب من أصحاب مالك ؛ وقال ابن القاسم : لاشفعة فى الدين . ولم يختلفا فى إيجابها فى الكتابة لحرمة العتق . وفقهاء الأمصار على أن لاشفعة إلا فى العقار فقط . وحكى عن قوم أن الشفعة فى كل شىء ماعدا المكيل والموزون ؛ ولم يجز أبو حنيفة الشفعة فى البئر والفحل ، وأجازها فى العرصة والطريق ؛ ووافق الشافعى مالكا فى العرصة وفى الطريق وفى البئر ، وخالفاه جميعا فى الثمار . وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ما ورد فى الحديث الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ » فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم ، وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه فى هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها فى كل شىء فما خرجه الترمذى عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الشَّرِيكُ شَفِيعٌ والشُّفْعَةُ فى كُلِّ شىْءٍ » ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شىء وإن كان فى العقار أظهر ؛ ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار . واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى « لاشُفْعَةَ فى بئر » ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الأرض الموات ، لا التى تكون فى أرض متملكة .

(الركن الثالث) وأما المشفوع عليه فإنهم اتفقوا على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء ، فالمشهور عند مالك . أن الشفعة إنما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنايات وغير ذلك ، وبه قال الشافعى ؛ وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل

بعوض أو بغير عوض ، كالهبة لغير الثواب والصدقة ، ماعدا الميراث فإنه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم فى المبيع فقط ، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضى أنها فى المبيعات بل ذلك نص فيها لا فى بعضها فلا يبيع حتى يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو فى معنى البيع ، ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبى حنيفة ولا الشافعى ؛ أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده فى المبيع ، وأما الشافعى فلأن هبة الثواب عنده باطلة ، وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة . واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لاتجب حتى يجب البيع . . واختلفوا إذا كان الخيار للمشترى ؟ فقال الشافعى والكوفيون : الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه ، وقيل إن الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك . واختلف فى الشفعة فى المساقاة ، وهى تبديل أرض بأرض ، فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الأشراك أو الأجانب فلم يرها فى الأشراك ورآها فى الأجانب .

(الركن الرابع فى الأخذ بالشفعة) والنظر فى هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع ، وكم يأخذ ، ومتى يأخذ ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ فى البيع بالثمن إن كان حالا ؛ واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وهو مخير ؟ فقال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليا أو يأتى بضامن ملىء ، وقال الشافعى : الشفيع مخير ، فإن عجل تعجلت الشفعة وإلا تتأخر إلى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ؛ وقال الثورى لايأخذها إلا بالنقد لأنها قد دخلت فى ضمان الأول ، قال : ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها ، فإن بلغ الأجل أخذها الشفيع . والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع ، فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى فى خلع . وإما أن يكون معطى فى شىء

يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا ، فإنه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذى دفع الشقص فيه ؛ وإن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة ، فإنه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة . وأما كم يأخذ ؟ فإن الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر ، والمشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر . فأما أن الشفيع واحد والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف فى أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع ، وأما إذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا من ذلك فى موضعين : أحدهما فى كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم . والثانى إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا ؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه ، لأنهم أهل سهم واحد ، وبعضهم لأنهم عصبة .

(فأما المسئلة الأولى) وهى كيفية توزيع المشفوع فيه ، فإن مالكا والشافعى وجمهور أهل المدينة يقولون : إن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع . وقال الكوفيون : هى على عدد الرءوس على السواء ، وسواء فى ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر . وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل ، أصله الأكرية فى المستأجرات المشتركة والربح فى شركة الأموال ؛ وأيضا فإن الشفعة إنما هى لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ، لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة . وعمدة الحنفية أن وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم فى نفس الملك ، وربما شبهوا ذلك بالشركاء فى العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوّم على المعتقين على السوية : أعنى حظ من لم يعتق .

(وأما المسئلة الثانية) فإن الفقهاء اختلفوا فى دخول الأشراك الذين هم عصبة فى الشفعة مع الأشراك الذين شركتهم من قبل السهم الواحد فقال مالك : أهل

السهم الواحد أحق بالشفعة إذا باع أحدهم من الأشراك معهم فى المال من قبل التعصيب ، وأنه لايدخل ذو العصبة فى الشفعة على أهل السهام المقدرة ويدخل ذوو السهام على ذوى التعصيب ، مثل أن يموت ميت فيترك عقارا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها ، فإن البنت الثانية عند مالك هى التى تشفع فى ذلك الحظ الذى باعته أختها فقط دون ابنى العم ، وإن باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى ، وبهذا القول قال ابن القاسم . وقال أهل الكوفة : لايدخل ذوو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب . وقال الشافعى فى أحد قوليه : يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام ، وهو الذى اختاره المزنى ، وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ، ولم يفصل ذوى سهم من عصبة . ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلأنه رأى أن الشركة مختلفة الأسباب : أعنى بين ذوى السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالأموال . ومن أدخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوى السهام أقعد من العصبة . وأما إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى ، فقال ابن القاسم : إما أن يأخذ الكل أو يدع ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى : له أن يشفع على أيهما أحب ، وبه قال أشهب . فأما إذا باع رجلان شقصا من رجل ، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى ، فإن أبا حنيفة منع ذلك ، وجوّزه الشافعى . وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد : أعنى الأشراك ، فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له الباقى فى البيوع ، فالجمهور على أن للمشترى أن أن يقول للشريك إما أن تشفع فى الجميع أو تترك ، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشترى على ذلك ، وأنه ليس له أن يبعض الشفعة على المشترى إن لم يرض بتبعيضها . وقال أصبغ من أصحاب مالك إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا بالمشترى لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته

فقط . ولا خلاف فى مذهب مالك أنه إذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا ، فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك ، إلا أن يأخذ الكل أو يدع ، فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك . واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع . واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة فى حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهى إذا لم يكن شريكا فى حال البيع ، وذلك يتصور بأن يكون يتراخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الأسباب التى لايقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا . فروى أشهب أن قول مالك اختلف فى ذلك ، فمرة قال : له الأخذ بالشفعة ، ومرة قال : ليس له ذلك؛ واختار أشهب أنه لاشفعة له ، وهو قياس قول الشافعى والكوفيين ، لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك . وقال ابن القاسم : له الشفعة إذا كان قيامه فى أثره ، لأنه يرى أن الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه .

(وأما المسئلة الثانية) فصورتها أن يستحق إنسان شقصا فى أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص مّا ، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا ؟ فقال قوم : له ذلك ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ، ولا فرق فى ذلك كانت يده عليه أو لم تكن ؛ وقال قوم : لاتجب له الشفعة ، لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لايأخذ الغلة من المشترى ؛ فأما مالك فقال : إن طال الزمان فلا شفعة ، وإن لم يطل ففيه الشفعة ، وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة ؟ فإن الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه ؛ واختلفوا إذا علم وهو غائب ؛ فقال قوم : تسقط شفعته ؛ وقال قوم : لاتسقط ، وهو مذهب مالك ، والحجة له ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال « الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ » أو قال « بِشُفْعَتِهِ يَنْتَظِرُ بِهَا إِذَا كَانَ غَائِبًا » وأيضا فإن الغائب فى الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ، فوجب عذره . وعمدة الفريق الثانى أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها . وأما الحاضر ، فإن الفقهاء اختلفوا

فى وقت وجوب الشفعة له ، فقال الشافعى وأبو حنيفة : هى واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإن علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته ، إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تراخى . وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قوله فى هذا الوقت هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لاتنقطع أبدا إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ؛ ومرة حدد هذا الوقت ، فروى عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل أكثر من سنة ، وقد قيل عنه إن الخمسة أعوام لاتنقطع فيها الشفعة . واحتج الشافعى بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ » وقد روى عن الشافعى أن أمدها ثلاثة أيام . وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لايبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه ، وكان هذا أشبه بأصول الشافعى ، لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل ، وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه ، ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر ، فهذا هو القول فى أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول فى الأحكام .

القسم الثانى القول فى أحكام الشفعة

وهذه الأحكام كثيرة ، ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار ، فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لايورث كما أنه لايباع ؛ وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسا على الأموال وقد تقدم . سبب الخلاف فى هذه المسائل فى مسئلة الرد بالعيب ، ومنها اختلافهم فى عهدة الشفيع هل هى على المشترى أو على البائع ؟ فقال مالك والشافعى : هى على المشترى ؛ وقال ابن أبى ليلى : هى على البائع . وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع ، فطروّها على البيع فسخ له وعقد لها . وأجمعوا على أن الإقالة لاتبطل الشفعة من رأى أنها بيع ، ومن رأى أنها

نسخ : أعنى الإقالة . واختلف أصحاب مالك على مَن عهدةُ الشفيع فى الإقالة ؟ فقال ابن القاسم : على المشترى ؛ وقال أشهب : هو مخير . ومنها اختلافهم إذا أحدث المشترى بناء أو غرسا أو ما يشبه فى الشقص قبل قيام الشفيع ، ثم قام الشفيع يطالب شفعته ، فقال مالك : لاشفعة إلا أن يعطى المشترى قيمة ما بنى وما غرس ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : هو متعدٍّ وللشفيع أن يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقضه . والسبب فى اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذى يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى فى الأرض وغرس ، وذلك أنه وسطٌ بينهما ، فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ، ومن غلب عليه شبه التعدى قال : له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا. ومنها اختلافهم إذا اختلف المشترى والشفيع فى مبلغ الثمن ، فقال المشترى : اشتريت الشقص بكذا ، وقال الشفيع : بل اشتريته بأقل ، ولم يكن لواحد منهما بينة ، فقال جمهور الفقهاء : القول قول المشترى ، لأن الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف فى ذلك بعض التابعين فقالوا : القول قول الشفيع ، لأن المشترى قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا فى هذه المسئلة ، فقال ابن القاسم : القول قول المشترى إذا أتى بما يشبه باليمين ، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين . وحكى عن مالك أنه قال : إذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد فى الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل إذا أتى المشترى بما لا يشبه رد الشفيع إلى القيمة ، وكذلك فيما أحسب إذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه . واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشترى مع يمينه . وقال أشهب : البينة بينة المشترى لأنها زادت علما .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القسمة

والأصل فى هذا الكتاب قوله - وإِذَا حَضَرَ القِسْمَةَ أولوا القُرْبَى - وقوله - مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبا مَفْرُوضا - وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيُّمَا دَارٍ قُسِّمَتْ فى الجاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الجاهِلِيَّةِ وأَيُّمَا دَارٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الإِسْلامِ » والنظر فى هذا الكتاب فى القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر فى القسمة فى أبواب . الباب الأول : فى أنواع القسمة . الثانى : فى تعيين محل نوع نوع من أنواعها : أعنى ما يقبل القسمة وما لايقبلها ، وصفة القسمة فيها وشروطها أعنى فيما يقبل القسمة . الثالث : فى معرفة أحكامها .

الباب الأول فى أنواع القسمة

والنظر فى القسمة ينقسم أولا إلى قسمين : قسمة رقاب الأموال . والثانى : منافع الرقاب .

(القسم الأول من هذا الباب) فأما قسمة الرقاب التى لاتكال ولا توزن ، فتقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل . وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثانى) وأما الرقاب ، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ما لاينقل ولا يحول ، وهى الرباع والأصول . وما ينقل ويحول ، وهذان قسمان : إما غير مكيل ولا موزون ، وهو الحيوان والعروض ؛ وإما مكيل أو موزون . ففى هذا الباب ثلاثة فصول : الأول : فى الرباع . والثانى : فى العروض . والثالث : فى المكيل والموزون .

الفصل الأول فى الرباع

فأما الرباع والأصول ، فيجوز أن تقسم بالتراضى وبالسهمة إذا عدلت

بالقيمة ، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا ، وإن كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه . والقسمة لاتخلو أن تكون فى محل واحد أو فى محال كثيرة ، فإذا كانت فى محل واحد فلا خلاف فى جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . وأما إذا انقسمت إلى ما لامنفعة فيه ، فاختلف فى ذلك مالك وأصحابه ، فقال مالك : إنها تقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لامنفعة فيه مثل قدر القدم ، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، وعمدتهم فى ذلك قوله تعالى - مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا - وقال ابن القاسم : لايقسم إلا أن يصير لكل واحد فى حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة ، وإن كان لايراعى فى ذلك نقصان الثمن : وقال ابن الماجشون : يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به ، وإن كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك أو كانت أقل . وقال مطرف من أصحابه : إن لم يصر فى حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وإن صار فى حظ بعضهم ما ينتفع به ، وفى حظ بعضهم مالاينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير ، وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ، ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير ، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف . واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعته إلى منفعة أخرى مثل الحمام ، فقال مالك : يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين ، وبه قال أشهب ؛ وقال ابن القاسم : لايقسم ، وهو قول الشافعى . فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم « لاضَرَرَ ولا ضِرَارَ » وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى - مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا - ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه « لاتَعْضِيَةَ عَلَى أهْلِ المِيرَاثِ إلاَّ ما حَمَلَ القَسْمُ » والتعضية : التفرقة ، يقول : لاقسمة بينهم . وأما إذا كانت الرباع أكثر من واحد فإنها لاتخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع ، فإذا كانت متفقة الأنواع فإن فقهاء الأمصار فى ذلك مختلفون ؛ فقال مالك : إذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهيمة ، وقال أبو حنيفة والشافعى : بل يقسم كل عقار على حدته ؛

فعمدة مالك أنه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة . وعمدة الفريق الثانى أن كل عقار تعينه بنفسه لأنه تتعلق به الشفعة . واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الأنواع المتفقة فى النفاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال ؛ وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض ، فلا خلاف أنه لايجمع فى القسمة بالسهمة . ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لاتقسم مع الثمرة إذا بدا صلاحها باتفاق فى المذهب ، لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر وذلك مزابنة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك : أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الإبار بحال من الأحوال ، ويعتل لذلك لأنه يؤدى إلى بيع طعام بطعام متفاضلا ، ولذلك نزعم أنه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لانسيئة ولانقدا ؛ وأما إن كان بعد الإبار ، فإنه لايجوز عنده إلا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر فى نصيبه فهو داخل فى القسمة ، وما لم يدخل فى نصيبه فهم فيه على الشركة ، والعلة فى ذلك عنده أنه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد الإبار ولا يجوز قبل الإبار ، فكأن أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر . وصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان فى سهامها كسر إلى أن تصح السهام ، ثم يقوّم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ، ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة ، فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها ، فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق أسماء الأشراك وأسماء الجهات ، فمن خرج اسمه فى جهة أخذ منها ، وقيل يرمى بالأسماء فى الجهات ، فمن خرج اسمه فى جهة أخذ منها ، فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه ، فهذه هى حال قرعة السهم فى الرقاب . والسهمة إنما جعلها الفقهاء فى القسمة تطييبا لنفوس المتقاسمين ، وهى موجودة فى الشرع فى مواضع : منها قوله تعالى ـ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ـ وقوله ـ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ـ ومن ذلك الأثر الثابت الذى جاء فيه « أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ، فأسهم رسول الله صلى الله عليه

وسلم بينهم ، فأعتق ثلث ذلك الرقيق » . وأما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل ، فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع ، وإنما يحرم فيها ما يحرم فى البيوع .

الفصل الثانى فى العروض

وأما الحيوان والعروض ، فاتفق الفقهاء على أنه لايجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك . واختلفوا إذا تشاحّ الشريكان فى العين الواحدة منهما ، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع ، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك وأصحابه : يجبر على ذلك ، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التى أعطى فيها أخذه ، وقال أهل الظاهر : لايجبر ، لأن الأصول تقتضى أن لايخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع . وحجة مالك أن فى ترك الإجبار ضررا ، وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا فى غير ما موضع إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه كالضرورى فى بعض الأشياء . وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد ، فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى ؛ واختلفوا فى قسمتها بالتعديل والسهمة ، فأجازها مالك وأصحابه فى الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز ابن أبى سلمة وابن الماجشون . واختلف أصحاب مالك فى تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التى لاتجوز فاعتبره أشهب بما لايجوز تسليم بعضه فى بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب ، فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما لايجوز تسليم بعضه فى بعض ، فجعل القسمة أخف من السلم ، ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم ؛ وقد قيل إن مذهبه أن القسمة فى ذلك أخف ، وأن مسائله التى يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى. وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع فى القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان . وأجاز أشهب جمع صنفين فى القسمة بالسهمة مع التراضى ، وذلك ضعيف لأن الغرر لايجوز بالتراضى .

الفصل الثالث فى معرفة أحكامها

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق إلا ما حكى اللخمى ، والمكيل أيضا لايخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا ، فإن كان صنفا واحدا ، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ، ولا خلاف فى جواز قسمته على التراضى على التفضيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى : أعنى الذى لايجوز فيه التفاضل ، ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ، ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن . وأما إن كانت قسمته تحريا ، فقيل لايجوز فى المكيل ويجوز فى الموزون ، ويدخل فى ذلك من الخلاف ما يدخل فى جواز بيعه تحريا . وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين ، فإن كان ذلك مما لايجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال ، وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن ، لأنه إذا كان بمكيال مجهول لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم ، وهذا كله على مذهب مالك ، لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل فى الصنفين إذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير ، وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة : أعنى على جهة الجمع وإن كانا صنفين ، وهذا الجواز كله فى المذهب على جهة الرضا . وأما فى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة إلا على حدة ، وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول ، فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب .

القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع

فأما قسمة المنافع ، فإنها لاتجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أباها ، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع . وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع ، وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمهايأة ، وذلك إما بالأزمان وإما بالأعيان . أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع

كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الأعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة . وفى المذهب فى قسمة المنافع بالزمان اختلاف فى تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض الاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض ، وذلك أيضا فيما ينقل ويحوّل ، أو لاينتقل ولا يحول . فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه فى المدة الكثيرة ويجوز فى المدة اليسيرة ، وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لاينتقل ولا يحول ، فيجوز فى المدة البعيدة والأجل البعيد ، وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه ، وقيل لايجوز ذلك فى الدابة والعبد . وأما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الأيام ، وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلا . وأما التهايؤ فى الأعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان ، وهذا دارا تلك المدة بعينها ، فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الأرضين ، ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء إلا فى الزمان اليسير ، وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالأزمان ، وكذلك القول فى استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان . فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب ، وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة . وبقى من هذا الكتاب القول فى الأحكام .

القول فى الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لايجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها فيها إلا بالطوارئ عليها . والطوارئ ثلاثة غبن ، أو وجود عيب ، أواستحقاق . فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا فى قسمة القرعة باتفاق فى المذهب إلا على قياس من يرى له تأثير فى البيع ، فيلزم على مذهبه أن يؤثر فى القسمة . وأما الرد بالعيب ، فإنه لايخلو عن مذهب ابن القاسم أن يجد العيب فى جل نصيبه أو فى أقله ، فإن وجده فى جل نصيبه ، فإنه لايخلو أن يكون النصيب الذى حصل لشريكه قد فات أو لم يفت ، فإن كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان

لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها ، وإن كان العيب فى أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط ، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع فى شىء مما فى يده وإن كان قائما بالعيب . وقال : أشهب : والذى يفيت الرد قد تقدم فى كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون : وجود العيب يفسخ القسمة التى بالقرعة ولا يفسخ التى بالتراضى ، لأن التى بالتراضى هى بيع ، وأما التى بالقرعة فهى تمييز حق ، وإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب . وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما فى يديه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما فى يديه ، وإن كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشىء . وقال محمد : إذا استحق ما فى يد أحدهما بطلت القسمة فى قسمة القرعة ، لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون فى العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أوطرو الوصية أو طرو وارث ، فإن أصحاب مالك اختلفوا فى ذلك . فأما إن طرأ الدين قيل فى المشهور فى المذهب وهو قول ابن القاسم : إن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم ، وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن ، هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك . وقد قيل أيضا إن القسمة إنما تنتقض بيد من بقى فى يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء ، وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشىء من الدين ، ولا يرجع هو على الورثة بما بقى بأيديهم بعد أداء الدين ؛ وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله ـ من بَعْدِ وَصيّةٍ يُوصَى بِهَا أوْدَيْنٍ ـ وقيل بل تنتقض إلا فى حق من أعطى منه ما ينوى به من الدين ، وهكذا الحكم فى طرو الموصى له على الورثة . وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك مكيلا أو موزونا وإن كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة ، وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف فى يده بغير سبب منه ؟ فقيل يضمن ، وقيل لا يضمن .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الرهون

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى ـ وَلَمْ تَجِدُوا كاتبا فرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ـ والنظر فى هذا الكتاب فى الأركان وفى الشروط وفى الأحكام ، والأركان هى النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشىء الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

(الركن الأول) فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد ، الوصى يرهن لمن يلى النظر عليه إذا كان ذلك سدادا ودعت إليه الضرورة عند مالك ؛ وقال الشافعى : يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك . قال سحنون : فان ارتهن فى مال أسلفه لم يجز ، وبه قال الشافعى . واتفق مالك والشافعى على أن المفلس لايجوز رهنه ؛ وقال أبوحنيفة يجوز ؛ واختلف قول مالك فى الذى أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه ؟ أعنى هل يلزم أم لايلزم ؟ فالمشهور عنه أنه يجوز : أعنى قبل أن يفلس ، والخلاف آيل إلى هل المفلس محجور عليه أم لا ؟ وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا .

(الركن الثانى) وهو الرهن ، وقالت الشافعية : يصح بثلاثة شروط : الأول أن يكون عينا ، فإنه لايجوز أن يرهن الدين . الثانى أن لايمتنع إثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ؛ ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن ، والخلاف مبنى على البيع . الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل ؛ ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لايحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده فى أداء الدين إلا إذا بدا صلاحه وإن حل أجل الدين ؛ وعن الشافعى قولان فى رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه ، ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع ؛ قال أبو حامد : والأصح جوازه ؛ ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدراهم إذا طبع عليها ، وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لاعند مالك ولا عند الشافعى ،

يل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارا . واتفقوا على أن من شرطه أن يكون إقراره فى يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا إذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغصوب منه فى يده رهنا ، فقال مالك : يصح أن ينقل الشىء المغصوب من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن ، فيجعل المغصوب منه الشىء المغصوب رهنا فى يد الغاصب قبل قبضه منه ؛ وقال الشافعى : لايجوز بل يبقى على ضمان الغصب إلا أن يقبضه . واختلفوا فى رهن المشاع ، فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعى . والسبب فى الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لاتمكن .

(الركن الثالث) وهو الشىء المرهون فيه ، وأصل مذهب مالك فى هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن فى جميع الأثمان الواقعة فى جميع البيوعات إلا الصرف ورأس المال فى السلم المتعلق بالذمة ، وذلك لأن الصرف من شرطه التقابض ، فلا يجوز فيه عقدة الرهن ، وكذلك رأس مال السلم وإن كان عنده دون الصرف فى هذا المعنى . وقال قوم من أهل الظاهر : لايجوز أخذ الرهن إلا فى السلم خاصة : أعنى فى السلم فيه ، وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين فى المبيعات وهو السلم عندهم ، فكأنهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن ، لأنه قال فى أول الآية - يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ - ثم قال - وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ - فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن فى السلم وفى القرض وفى الغصب وفى قيم المتلفات وفى أروش الجنايات فى الأموال ، وفى جراح العمد الذى لاقود فيه كالمأمومة والجائفة . وأما قتل العمد والجراح التى يقاد منها فيتخرج فى جواز أخذ الرهن فى الدية فيها إذا عفا الولى قولان : أحدهما أن ذلك يجوز ، وذلك على القول بأن الولى مخير فى العمد بين الدية والقود . والقول الثانى أن ذلك لايجوز ، وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولى إلا القود فقط إذا أبى الجانى من إعطاء الدية ، ويجوز فى قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ، ويجوز فى العارية التى تضمن ، ولا يجوز فيما لايضمن ، ويجوز أخذه فى الإجارات ،

ويجوز فى الجُعل بعد العمل ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الرهن فى المهر ، ولا يجوز فى الحدود ولا فى القصاص ولا فى الكتابة ، وبالجملة فيما لاتصح فيه الكفالة . وقالت الشافعية : المرهون فيه له شرائط ثلاث : أحدها أن يكون دينا ، فإنه لايرهن فى عين . والثانى أن يكون واجبا ، فإنه لايرهن قبل الوجوب ، مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ، ويجوز ذلك عند مالك . والثالث أن لايكون لزومه متوقعا أن يجب ، وأن لايجب كالرهن فى الكتابة ، وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

القول فى الشروط

وأما شروط الرهن ، فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان : شروط صحة ، وشروط فساد . فأما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن : أعنى فى كونه رهنا فشرطان : أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض . والثانى مختلف فى اشتراطه ، فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط فى الرهن لقوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة ؟ وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال : ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ؛ ومن قال شرط تمام قال : يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت ، فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام ، وذهب أبو حنيفة والشافعى وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة . وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول . وعمدة الغير قوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ وقال بعض أهل الظاهر : لايجوز الرهن إلا أن يكون هنالك كاتب لقوله تعالى ـ ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ـ ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدى عدل ، وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض ، وأنه متى عاد إلى يد الراهن بإذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك ، فقد خرج من اللزوم وقال الشافعى : ليس استدامة القبض من شرط الصحة ، فمالك عمم الشرط على ظاهره ، فألزم من قوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ وجود القبض واستدامته . والشافعى يقول : إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد ، فلا يحل ذلك

إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال فى البيع ، وقد كان الأولى بمن يشترط القبض فى صحة العقد أن يشترط الاستدامة ، ومن لم يشترطه فى الصحة أن لا يشترط الاستدامة . واتفقوا على جوازه فى السفر . واختلفوا فى الحضر ؛ فذهب الجمهور إلى جوازه ؛ وقال أهل الظاهر ومجاهد : لا يجوز فى الحضر لظاهر قوله تعالى - وإن كنتم على سفر - الآية . وتمسك الجمهور بما ورد من « أنه صلى الله عليه وسلم رهن فى الحضر » والقول فى استنباط منع الرهن فى الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه إن جاء بحقه عند أجله وإلا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ ، وأنه معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » .

القول فى الجزء الثالث من هذا الكتاب

وهو القول فى الأحكام

وهذا الجزء ينقسم إلى معرفة ما للراهن من الحقوق فى الرهن وما عليه ، وإلى معرفة ما للمرتهن فى الرهن وما عليه ، وإلى معرفة اختلافهما فى ذلك ، وذلك إما من نفس العقد ، وإما لأمور طارئة على الرهن ، ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق . أما حق المرتهن فى الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدى الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع ، وكذلك إن كان غائبا ، وإن وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز ؛ وكرهه مالك إلا أن يرفع الأمر إلى السلطان . والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه ، أعنى أنه إذا رهنه فى عدد مّا فأدى منه بعضه ، فإن الرهن بأسره يبقى بَعْدُ بيد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم : بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق . وحجة الجمهور أنه محبوس بحق ، فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت . وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه ، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه ، أصله الكفالة .

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى نماء الرهن المنفصل ، مثل الثمرة فى الشجر المرهون ، ومثل الغلة ، ومثل الولد هل يدخل فى الرهن أم لا ؟ فذهب قوم إلى أن نماء الرهن المنفصل لايدخل شيء منه فى الرهن : أعنى الذى يحدث منه فى يد المرتهن ، وممن قال بهذا القول الشافعى ؛ وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يدخل فى الرهن ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى ؛ وفرق مالك فقال : ماكان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، فإنه داخل فى الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما مالم يكن على خلقته فإنه لايدخل فى الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام . وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام « الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ » قالوا : ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله « مركوب ومحلوب » أى يركبه الراهن ويحلبه ، لأنه كان يكون غير مقبوض ، وذلك مناقض لكونه رهنا ، فإن الراهن من شرطه القبض ، قالوا : ولا يصح أيضا أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه ، فلم يبق إلا أن يكون المعنى فى ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . واستدلوا أيضا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » قالوا : ولأنه نماء زائد على مارضيه رهنا ، فوجب أن لايكون له إلا بشرط زائد . وعمدة أبى حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ، ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه فى التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه فى البيع : أى هو تابع لها ، وفرق بين الثمر والولد فى ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك ، وذلك أن الثمر لايتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط . والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن ؛ وقال قوم : إذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه ، وهو قول أحمد وإسحق ، واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « الرهن محلوب ومركوب » ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه ؟ فقال قوم : الرهن أمانة وهو من الراهن ، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث ؛ وقال

قوم : الرهن من المرتهن ومصيبته منه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين . والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين : فنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين ، وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة . ومنهم من قال : هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت ، وإنه إن فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن ، وبه قال على ابن أبي طالب وعطاء وإسحق . وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه ، وبين ما يغاب عليه من العروض ، فقالوا : هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ، وممن قال بهذا القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي ، إلا أن مالكا يقول : إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط ، فانه لا يضمن وقال الأوزاعي وعثمان البتي : بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم ، وبقول مالك قال ابن القاسم ، وبقول عثمان والأوزاعي قال أشهب . وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه » : أي له غلته وخراجه ، وعليه افتكاكه ومصيبته منه . قالوا : وقد رضي الراهن أمانته فأشبه المودع عنده . وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجا له : قد قال مالك ومن تابعه إن الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة ، فوجب أن يكون كله كذلك . وقد قال أبو حنيفة : إن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله « وعليه غرمه » أي نفقته . قالوا ومعنى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « الرهن مركوب ومحلوب » أي أجرة ظهره لربه ، ونفقته عليه وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام « له غنمه وعليه غرمه » أن غنمه ما فضل منه على الدين ، وغرمه ما نقص . وعمدة من رأى أنه مضمون من المرتهن أنه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلفه ، أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفى الثمن ، وهذا متفق عليه من الجمهور ، وإن كان عند مالك كالرهن ، وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن رجلا ارتهن فرسا من رجل ، فنفق في يده ، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن : ذَهَبَ حَقُّكَ » وأما تفريق مالك بين ما يغاب

عليه وبين ما لايغاب عليه فهو استحسان ، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ، ولا تلحق فيما لايغاب عليه . وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذى يذهب إليه مالك كثيرا ، فضعفه قوم وقالوا : إنه مثل استحسان أبى حنيفة ، وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل . والجمهور على أنه لايجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته ، وأنه إن باعه فللمرتهن الإجازة أوالفسخ . قال مالك : وإن زعم أن إجارته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له . وقال قوم : يجوز بيعه . وإذا كان الرهن غلاما أو أمة فأعتقها الراهن فعند مالك أنه إن كان الراهن موسرًا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه ، وإن كان معسرًا بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال : الرد ، والإجازة ، والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى وجب به الرهن ، فإن الفقهاء اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك: القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق مالم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك ، فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن . وقال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وجمهور فقهاء الأمصار : القول فى قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعًى عليه ، والمرتهن مدعٍ ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة . وعمدة مالك ههنا أن المرتهن وإن كان مدعيا فله ههنا شبهة بنقل اليمين إلى حيزه ، وهو كون الرهن شاهدا له ، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا لايلزم عند الجمهور ، لأنه قد يرهن الراهن الشىء وقيمته أكثر من المرهون فيه . وأما إذا تلف الرهن واختلفوا فى صفته ، فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه ، وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله ، فإن المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه . وأما على أصول الشافعى ، فلا يتصور على المرتهن يمين إلا أن يناكره الراهن فى إتلافه . وأما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن فى قيمة الرهن ، وليس يحتاج إلى صفة ، لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقويم تلك الصفة . وإذا اختلفوا فى الأمرين جميعا ، أعنى فى صفة الرهن وفى مقدار الرهن كان القول قول المرتهن فى صفة

الرهن ، وفى الحق ماكانت قيمته الصفة التى حلف عليها شاهدة له ، وفيه ضعف ، وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا فى الحق واختلفا فى قيمة الرهن ؟ فى المذهب فيه قولان ، والأقيس الشهادة ، لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين للمرهون . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفيما ذكرناه كفاية فى غرضنا

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحجر

والنظر فى هذا الكتاب فى ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى أصناف المحجورين . الثانى : متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأى شروط يخرجون . الثالث : فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد والإجازة .

الباب الأول فى أصناف المحجورين

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى - وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح - الآية . واختلفوا فى الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم ، فذهب مالك والشافعى وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم ، وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعذر إليهم فلم يكن عندهم مدفع ، وهو رأى ابن عباس وابن الزبير . وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لايبتدأ الحجر على الكبار ، وهو قول إبراهيم وابن سيرين ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فمنهم من قال : الحجر لايجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير . ومنهم من قال : إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه ، فهؤلاء لايبدأ بالحجر عليهم . وأبو حنيفة يحد فى ارتفاع الحجر وإن ظهر سفهه خمسة وعشرين عاما . وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالبا ، فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرا ، قالوا : ولذلك اشترط فى رفع الحجر عنهم

مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد ، قال الله تعالى ـ فإنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْدًا فادْفَعُوا إِلَيْهِم أَمْوَالَهُمْ ـ فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه . وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ « إذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يُخْدع فى البيوع ، فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه » . وربما قالوا : الصغر هو المؤثر فى منع التصرف بالمال ، بدليل تأثيره فى إسقاط التكليف ، وإنما اعتبر الصغر لأنه الذى يوجد فيه السفه غالبا ، كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ، ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد ، إذ كانا يوجدان فيه غالبا ، أعنى العقل والرشد ، وكما لم يعتبر النادر فى التكليف ، أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف ، كذلك لم يعتبر النادر فى السفه ، وهو أن يكون بعد البلوغ سفيها فيحجر عليه ، كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا . قالوا : وقوله تعالى ـ ولا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ ـ الآية ، ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم ، وذلك لايوجب فسخ بيوعها وإبطالها .

والمحجورون عند مالك ستة : الصغير ، والسفيه ، والعبد ، والمفلس ، والمريض ، والزوجة . وسيأتى ذكر كل واحد منهم فى بابه .

الباب الثانى

متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأى شروط يخرجون ؟

والنظر فى هذا الباب فى موضعين : فى وقت خروج الصغار من الحجر ، ووقت خروج السفهاء . فنقول : إن الصغار بالجملة صنفان : ذكور ، وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب ، وإما ذو وصى ، وإما مهمل ، وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب . فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لايخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم ، وإن كانوا قد اختلفوا فى الرشد ما هو ، وذلك لقوله تعالى ـ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ـ واختلفوا فى الإناث ، فذهب الجمهور إلى أن حكمهن فى ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وإيناس الرشد ؛ وقال مالك : هى فى ولاية أبيها فى المشهور

عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها ، وروى عنه مثل قول الجمهور ؛ ولأصحاب مالك فى هذا أقوال غير هذه قيل إنها فى ولاية أبيها حتى يمر بها سنة بعد دخول زوجها بها ، وقيل حتى يمر بها عامان ، وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام . وحجة مالك أن إيناس الرشد لايتصور من المرأة إلا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس ؛ أما مخالفتها النص ، فإنهم لم يشترطوا الرشد ؛ وأما مخالفتها للقياس ، فلأن الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة ، وإذا قلنا على قول مالك لاعلى قول الجمهور إن الاعتبار فى الذكور ذوى الآباء البلوغ وإيناس الرشد ، فاختلف قول مالك إذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه إنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور ؛ وقيل عنه إنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما ذوو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية فى المشهور عن مالك إلا بإطلاق وصيه له من الحجر : أى يقول فيه إنه رشيد إن كان مقدما من قبل الأب بلا خلاف أو بإذن القاضى مع الوصى إن كان مقدما من غير الأب على اختلاف فى ذلك . وقد قيل فى وصى الأب أنه لايقبل قوله فى أنه رشيد إلا حتى يعلم رشده وقد قيل إن حاله مع الوصى كحاله مع الأب يخرجه من الحجر إذا آنس منه الرشد وإن لم يخرجه وصيه بالإشهاد ، وإن المجهول الحال فى هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الأب . وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية غير معتبر ثبوتها إذا علم الرشد ، ولا سقوطها إذا علم السفه ، وهى رواية عن مالك ، وذلك من قوله فى اليتيم لافى البكر ، والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وإن ظهر رشده حتى يخرج من الولاية ، وهو قول ضعيف ، فإن المؤثر هو الرشد لاحكم الحاكم . وأما اختلافهم فى الرشد ما هو ؟ فإن مالكا يرى أن الرشد هو تثمير المال وإصلاحه فقط ، والشافعى يشترط مع هذا صلاح الدين . وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين ؟ وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لايخرج من الولاية إلا بالإخراج مالم تعنس على اختلاف فى ذلك ، وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الأب وهو قول ابن الماجشون . ولم يختلف قولهم إنه لايعتبر فيها الرشد كاختلافهم فى اليتيم . وأما المهمل من

الذكور فإن المشهور أن أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم كان سفيها متصل السفه أو غير متصل السفه ، معلنا به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع ، فإن كان رشدا جاز وإلا رده . فأما اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى فان فيها فى المذهب قولين : أحدهما أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض . والثانى أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور .

الباب الثالث فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد والإجازة

والنظر فى هذا الباب فى شيئين : أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال ، وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم فى الرد والإجازة ، وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى ، وهؤلاء كما قلنا إما صغار وإما كبار متصلو الحجر من الصغر وإما مبتدأ حجرهم . فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف فى المذهب فى أنه لا يجوز له فى ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب فى ذلك أو الوصى ، فإن أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه إن كان له ولى ، فإن رآه رشدا أجازه وإلا أبطله ، وإن لم يكن له ولى قدم له ولى ينظر فى ذلك ، وإن عمل فى ذلك حتى يلى أمره كان النظر إليه فى الإجازة أو الرد . واختلف إذا كان فعله سدادا ونظرا فيما كان يلزم الولى أن يفعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحوالة الأسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه ، فالمشهور أن ذلك له ، وقيل إن ذلك ليس له ، ويلزم الصغير ما أفسد فى ماله مما لم يؤتمن عليه . واختلف فيما أفسد وكسر مما اؤتمن عليه ، ولا يلزمه بعد بلوغه رشده عتق ما حلف بحريته فى صغره وحنث به فى صغره . واختلف فيما حنث فيه فى كبره وحلف به فى صغره ، فالمشهور أنه لا يلزمه . وقال ابن كنانة : يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين . واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه ؟ فالمشهور أنه لا يحلف ، وروى عن مالك والليث أنه يحلف . وحال البكر ذات الأب والوصى كالذكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها . فأما السفيه البالغ ، فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالعها

مضى طلاقه وخلعه ، إلا ابن أبى ليلى وأبا يوسف ، وخالف ابن أبى ليلى فى العتق فقال : إنه ينفذ ، وقال الجمهور : إنه لاينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافا فى نفوذها ، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شىء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده ، فيلزمه عتقها ، وهذا كله فى المذهب ، وهل يتبعها مالها ؟ فيه خلاف ، قيل يتبع ، وقيل لايتبع ، وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بعوض ، فهو أيضا موقوف على نظر وليه إن كان له ولى ، فإن لم يكن له ولى قدم له ولى ، فإن رد بيعه الولى وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشىء ، وكذلك إن أتلف عين المبيع .

وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال : فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة ، وإن كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا ، وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وإن ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه ما لم يتبين برشده . وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما الذى يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ ، والبكر ذات الأب ، والوصى ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس . واختلف فى حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين إلى الستين ، والذى يحكم له بحكم الرشد وإن علم سفهه ، فمنها السفيه إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ، ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك ، خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لانفس الولاية ، والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون . وأما الذى يحكم عليه بالسفه بحكم مالم يظهر رشده : فالابن بعد بلوغه فى حياة أبيه على المشهور فى المذهب ، وحال البكر ذات الأب التى لاوصى لها إذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ، ومالم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك ، وكذلك اليتيمة التى لاوصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه : فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس ، أو التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد ، وكذلك حال الابن ذى الأب إذا بلغ وجهلت حاله على إحدى

الروايتين ، والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لاتعتبر فيها دخولها مع زوجها . فهذه هى جمل ما فى هذا الكتاب والفروع كثيرة .

(بسم الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب التفليس

والنظر فى هذا الكتاب فيما هو الفلس ، وفى أحكام المفلس ، فنقول : إن الإفلاس فى الشرع يطلق على معنيين : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون فى ماله وفاء بديونه . والثانى أن لايكون له مال معلوم أصلا ، وفى كلا الفلسين قد اختلف العلماء فى أحكامهما . فأما الحالة الأولى وهى إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا ، فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف فى ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك ؟ بل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم ، وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفى بدينه ، فأبى أن ينصف غرماءه ، هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ، أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه ؟ فالجمهور يقولون : يبيع الحاكم ماله عليه ، فينصف منه غرماءه أوغريمه إن كان مليا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعى ، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق . وحجة مالك والشافعى حديث معاذ بن جبل « أنه كثر دينه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله ، وحديث أبى سعيد الخدرى « أن رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوا ما وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إلاَّ ذلكَ » وحديث عمر فى القضاء على الرجل المفلس فى حبسه وقوله فيه : أما بعد ، فان الأسيفع « أسيفع جهينة » رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ، وأنه ادّان معرضا فأصبح قدرين عليه ، فمن كان له عليه دين فليأتنا . وأيضا من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض

محجورا عليه لمكان ورثته ، فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء ، وهذا القول هو الأظهر ، لأنه أعدل والله أعلم . وأما حجج الفريق الثانى الذين قالوا بالحبس حتى يعطي ما عليه أو يموت محبوسا ، فيبيع القاضي حينئذ ماله ويقسمه على الغرماء ، فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين ، فلما طالبه الغرماء قال جابر « فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته ، فسألهم أن يقبلوا مني حائطي ، ويحللوا أبي ، فأبوا ، فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه سلم حائطي قال : ولكِنْ سأغْدُو عَلَيْكَ ، قال : فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال : فجذذتها فقضيت منها حقوقهم ، وبقي من ثمرها بقية » وبما روى أيضا أنه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم ، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه ، فقبلهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه . قالوا : فهذه الآثار كلها ليس فيها أنه بيع أصل في دين قالوا : يدل على حبسه قوله صلى الله عليه سلم « لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ » قالوا : العقوبة هي حبسه . وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق إجازته ، وإذا قلنا إن المفلس محجور عليه ، فالنظر فيما ذا يحجر عليه ، وبأي ديون تكون المحاصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة ؟ وكيف تكون ؟ . فأما المفلس فله حالان : حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر . فأما قبل الحجر فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجري العادة بفعله ، وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه ، لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء ، وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله ، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة ، وكذلك تراعى العادة في إنفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ، ويجوز بيعه وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه . واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا : هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر ، ومالك كأنه اعتبر المعنى

نفسه ، وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبره فى كل حال ، لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ، ولا يجوزه للمحجور عليه . وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ، لايجوز إقراره بدين فى ذمته لقريب ولا بعيد ، قيل إلا أن يكون لواحد منهم بينة ، وقيل يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض . واختلف فى إقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال فى المذهب : بالجواز ، والمنع ، والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة ببينة أو لاتكون ، فقيل إن كانت صدق وإن لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب فى ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا ؟ فذهب مالك إلى أن التفليس فى ذلك كالموت ، وذهب غيره إلى خلاف ذلك ، وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت . قال ابن شهاب : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات . وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين ، فالورثة فى ذلك بين أحد أمرين : إما أن لايريدوا أن يؤخروا حقوقهم فى المواريث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالا ، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة فى التركة خاصة لافى ذممهم ، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت ، لأنه كان فى ذمة الميت ، وذلك يحسن فى حق ذى الدين . ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضى الغرماء بتحمله فى ذممهم أبقيت الديون إلى أجلها ، وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار ، لكن لايشبه الفلس فى هذا المعنى الموت كل الشبه ، وإن كانت كلا الذمتين قد خربت فإن ذمة المفلس يرجى المال لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدر. أما ما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس، فإن دينه فى ذمة المفلس . وأما إذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلف فى ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال : الأول أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ويختار المحاصة ؛ وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور . والقول الثانى ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم

بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء ، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها ، وبه قال مالك وأصحابه . والقول الثالث تُقوَّم السلعة بين التفليس ، فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها : أعنى للبائع ، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويتحاصّون فى الباقى ، وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر . والقول الرابع أنه أسوة الغرماء فيها على كل حال ، وهو قول أبى حنيفة وأهل الكوفة والأصل فى هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرجُلُ مالَهُ بِعَيْنِهِ فَهوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ » وهذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم ، وألفاظهم متقاربة ، وهذا اللفظ لمالك ؛ فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الأول ؛ ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا : إن معقوله إنما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية ، وأكثر ما فى ذلك أن يأخذ الثمن الذى باعها به ، فإما أن يعطى فى هذه الحال الذى اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع ، وبخاصة إذا كان للغرماء أخذها بالثمن. كما قال مالك . وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم فى ردّ الخبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنونا ، والأصول يقينية مقطوع بها ، كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس : ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة . ورواهَ عن على أنه قضى بالسلعة للمفلس ، وهو رأى ابن سيرين وإبراهيم من التابعين . وربما احتجوا بأن حديث أبى هريرة مختلف فيه ، وذلك أن الزهرى روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ ماتَ أَوْ أَفْلَسَ فَوَجَدَ بَعْضُ غُرَمائِهِ مالَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَماءِ » وهذا الحديث أولى لأنه موافق للأصول الثابتة . قالوا : وللجمع بين الحديثين وجه ، وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية ، إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد فى لفظ حديث أبى هريرة فى بعض الروايات من ذكر البيع ، وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشترى السلعة ، فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لأنها فى ضمانه ، واختلف

القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن ، فقال مالك : إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها ، وإن شاء حاص الغرماء فيما بقى من سلعته ؛ وقال الشافعى : بل يأخذ ما بقى من سلعته بما بقى من الثمن ؛ وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحق وأحمد : إن قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء . وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعا فأَفْلَسَ الَّذِى ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضْ الَّذِى بَاعَهُ شَيْئا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وإِنْ مَاتَ الَّذِى ابْتَاعَهُ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ » وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق ، وقد روى من طريق الزهرى عن أبى هريرة فيه زيادة بيان ، وهو قوله فيه « فان كان قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء » ذكره أبو عبيد فى كتابه فى الفقه وخرجه . وحجة الشافعى أن كل السلعة أو بعضها فى الحكم واحد ، ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشترى بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذى أدرك من سلعته ، إلا عطاء فإنه قال : إذا فوت المشترى بعضها كان البائع أسوة الغرماء . واختلف الشافعى ومالك فى الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا ؟ فقال مالك : هو فى الموت أسوة الغرماء ، بخلاف الفلس ؛ وقال الشافعى : الأمر فى ذلك واحد . وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبى بكر وهو نص فى ذلك وأيضا من جهة النظر إن فرقا بين الذمة فى الفلس والموت ، وذلك أن الفلس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه وذلك غير متصور فى الموت . وأما الشافعى فعمدته ما رواه ابن أبى ذئب بسنده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ » فسوى فى هذه الرواية بين الموت والفلس . قال : وحديث ابن أبى ذئب أولى من حديث ابن شهاب ؛ لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ، ومن طريق المعنى فهو مال لاتصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه ، فأشبه مال المفلس ؛ وقياس مالك أقوى من قياس الشافعى ، وترجيح حديثه على حديث ابن أبى ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى ، وذلك أن ما وافق من الأحاديث

المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه : أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبه ، والموافق لحديث مالك قياس معنى ، ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق . فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقاييس ، وأيضا فإن الأصل يشهد لقول مالك فى الموت ، أعنى أن من باع شيئا فليس يرجع إليه فمالك رحمه الله اقوى فى هذه المسئلة ، والشافعى إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند المرسل عنده لايجب العمل به . واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضا يغرسها أوعرصة يبنيها ، فقال مالك : العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعى : بل يخير البائع بين أن يعطى قيمة ما أحدث المشترى فى سلعته ويأخذها ، أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء فى الزيادة ، وما يكون فوتا مما لايكون فوتا فى مذهب مالك منصوص فى كتبه المشهورة . وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء فى الموت والفلس ، أو فى الفلس دون الموت أن الأشياء المبيعة بالدين تنقسم فى التفليس ثلاثة أقسام : عرض يتعين ، وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا ؟ وعمل لايتعين . فأما العرض فإن كان فى يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشترى ، فهو أحق به فى الموت والفلس ، وهذا مالاخلاف فيه ، وإن كان قد دفعه إلى المشترى ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء فى الفلس دون الموت ، ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعى : ليس لهم ، وقال أشهب : لايأخذونها إلا بزيادة يحطونها عن المفلس ؛ وقال ابن الماجشون : إن شاءوا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم ؛ وقال ابن كنانة : بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها فى الموت أيضا ، والفلس ما كان بيده . واختلف إذا دفعه إلى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه ، فقيل إنه أحق به كالعروض فى الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم ، وقيل إنه لاسبيل له عليه ، وهو أسوة الغرماء ، وهو قول أشهب ، والقولان جاريان على الاختلاف فى تعيين العين ؛ وأما إن لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء فى الموت والفلس ، وأما العمل الذى لايتعين فإن أفلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله

فى الموت والفلس جميعا ، كالسلعة إذا كانت بيد البائع فى وقت الفلس ، وإن كان فلسه بعد أن استوفى عمل الأجير ، فالأجير أسوة الغرماء بأجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعا على أظهر الأقوال ، إلا أن تكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها ، فيكون أحق بذلك فى الموت والفلس جميعا ، لأنه كالرهن بيده ، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله ، إلا أن يكون له فيه شىء أخرجه فيكون أحق به فى الفلس دون الموت ، وكذلك الأمر عنده فى فلس مكترى الدواب إن استكرى أحق بما عليه من المتاع فى الموت والفلس جميعا ، وكذلك مكترى السفينة ، وهذا كله شبهه مالك بالرهن .
وبالجملة فلا خلاف فى مذهبه أن البائع أحق بما فى يديه فى الموت والفلس ، وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده فى الفلس دون الموت ، وأنه أسوة الغرماء فى سلعته إذا فاتت ، وعندما يشبه حال الأجير عند أصحاب مالك .
وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة ، فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون : هو أحق بها فى الموت والفلس ، ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون : هو أحق بها فى الفلس دون الموت ، ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون : هو أسوة الغرماء .
ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فإنهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال . وتشبيه بيع المنافع فى هذا الباب ببيع الرقاب هو شىء - فيما أحسب - انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار ، وهو ضعيف لأن قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف ، ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ، ولكن انقدح هنالك قياس علة ، فهو أقوى ؛ ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى فى القياس ، لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر .

ومن هذا الباب اختلافهم فى العبد المفلس المأذون له فى التجارة هل يتبع بالدين فى رقبته أم لا ؟ فذهب مالك وأهل الحجاز إلى أنه إنما يتبع بما فى يده لا فى رقبته ، ثم إن أعتق بما بقى عليه ورأى قوم أنه يباع ، ورأى قوم أن الغرماء يخيرون بين بيعه وبين أن يسعى فيما بقى عليه من الدين ، وبه قال شريح ، وقالت طائفة : بل يلزم سيده ما عليه وإن لم يشترطه ، فالذين لم يروا

بيع رقبته قالوا : إنما عامل الناس على ما فى يده فأشبه الحر ، والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التى يجنى ، وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فإنهم شبهوا ماله بمال السيد إذ كان له انتزاعه . فسبب الخلاف ه تعارض أقيسة الشبه فى هذه المسئلة ، ومن هذا المعنى إذا أفلس العبد والمولى معا بأى يبدأ ، هل بدين العبد ، أم بدين المولى ؟ فالجمهور يقولون : بدين العبد ، لأن الذين داينوا العبد إنما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال ، والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ، ومن رأى البدء بالمولى قال : لأن مال العبد هو فى الحقيقة للمولى . فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبى أو حكم مال السيد . وأما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل فى المذهب : يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام ؛ وقال فى الواضحة والعتبية : الشهر ونحوه ، ويترك له كسوة مثله ؛ وتوقف مالك فى كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ، وهو الانتفاع بها أو بغير عوض ؛ وقال سحنون لايترك له كسوة زوجته ؛ وروى ابن نافع عن مالك أنه لايترك له إلا ما يواريه ، وبه قال ابن كنانة . واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين : وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أو لا كراهية ذلك .

وأما معرفة الديون التى يحاص بها من الديون التى لايحاص بها على مذهب مالك فإنها تنقسم أولا إلى قسمين : أحدهما أن تكون واجبة عن عوض . والثانى أن تكون واجبة من غير عوض . فأما الواجبة عن عوض ، فإنها تنقسم إلى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض ، فأما ما كانت عن عرض مقبوض ، وسواء كانت مالا أو أرش جناية ، فلا خلاف فى المذهب أن محاصة الغرماء بها واجبة . وأما ما كان عن عوض غير مقبوض ، فإن ذلك ينقسم خمسة أقسام : أحدها أن لايمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة ، والثانى أن لايمكنه دفع العوض ، ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه ، مثل أن يكترى الرجل الدار بالنقد ، أو يكون العرف فيه النقد ، ففلس المكترى قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء . والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه وطرحه

كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال . والرابع أن يمكنه دفع العوض ، لايلزمه مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع . والخامس أن لايكون إليه تعجيل دفع العوض ، مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنانير فى عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم . فأما الذى لايمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة فى ذلك إلا فى مهور الزوجات إذا فلس الزوج قبل الدخول . وأما الذى لايمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه ، مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء ، فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن وإسلام الدار للغرماء ، وقيل ليس له إلا المحاصة بما سكن ويأخذ داره ، وإن كان لم يسكن فليس له إلا أخذ داره . وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو إذا كان العوض عينا ، فقيل يحاص به الغرماء فى الواجب له بالعوض ويدفعه ، فقيل هو أحق به وعلى هذا لايلزمه دفع العوض . وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصّة والإمساك ، وذلك هو إذا كان العوض عينا . وأما إذا لم يكن إليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال ، وقبل أن يحل أجل السلم ، فإن رضى المسلم إليه أن يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز إن رضى بذلك الغرماء ، فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفى العروض التى عليه إذا حلت لأنها من مال المفلس ، وإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم . وأمّا ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فإن ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها . وأمّا ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ، ففيها قولان : أحدهما أن المحاصة لاتجب بها ، وهو قول ابن القاسم . والثانى أنها تجب بها إذا لزمت بحكم من السلطان ، وهو قول أشهب . وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص ، فإن الحكم فى ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء ، وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، إذ كان لايقتضى فى الديون إلا ما هو من جنس الدين إلا أن يتفقوا من ذلك على شىء يجوز . واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارئ ، وهو إذا

هلاك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء : ممن مصيبته ؟ فقال أشهب : مصيبته من المفلس ، وقال ابن الماجشون : مصيبته من الغرماء إذا وقفه السلطان . وقال ابن القاسم : ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم لأنه إنما يباع على ملكه ، وما لايحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا ، كلهم روى قوله عن مالك . وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال : المصيبة فى الموت من الغرماء ، وفى الفلس من المفلس . فهذا هو القول فى أصول أحكام المفلس الذى له من المال ما لايفى بديونه .

وأما المفلس الذي لامال له أصلا ، فإن فقهاء الأمصار مجمعون على أن العلم له تأثير فى إسقاط الدين إلى وقت ميسرته ، إلا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز أن لهم أن يؤاجروه ، وقال به أحمد من فقهاء الأمصار ، وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين ، فإذا كان ذلك خلى سبيله . وحكى عن أبى حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، وإنما صار الكل إلى القول بالحبس فى الديون ، وإن كان لم يأت فى ذلك أثر صحيح ، لأن ذلك أمر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض ، وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة ، وهو الذى يسمى بالقياس المرسل . وقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة ، خرجه فيما أحسب أبو داود والمحجورون عند مالك : السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لأنه يرى أن للزوج حقا فى المال ، وخالفه فى ذلك الأكثر . وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الصلح

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى - والصُّلْحُ خَـيْرٌ - وما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام مرفوعا وموقوفا على عمر « إمْضَاء الصُّلْحِ جائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحا أحَلَّ حَرَاما أَوْ حَرَّمَ حَلالاً » واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار ، واختلفوا فى جوازه على الإنكار ، فقال

مالك وأبوحنيفة : يجوز على الإنكار ؛ وقال الشافعى : لايجوز على الإنكار لأنه من أكل المال بالباطل من غير عوض ؛ والمالكية تقول فيه عوض ، وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الإقرار يراعى فى صحته ما يراعى فى البيوع ، فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته ، وهذا هو مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الإقرار بدنانير نسيئة ، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى فى البيوع ، مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة ، فهذا لايجوز عند مالك وأصحابه ؛ وقال أصبغ : هو جائز ، لأن المكروه فيه من الطرف الواحد ، وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة فى دراهم حلت له . وأما الدافع فيقول : هى هبة منى . وأما إن ارتفع المكروه من الطرفين ، مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ، ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قِبَلَه إلى أجل ، فهذا عندهم هو مكروه ، أما كراهيته فمخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا ، فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لإنظار الآخر إياه فيدخله أسلفنى وأسلفك . وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو تبرع منى ، وما كان يجب على شىء ، وهذا النحو من البيوع قيل إنه يجوز إذا وقع ، وقال ابن الماجشون يفسخ إذا وقع عليه أثر عقده ، فإن طال مضى ، فالصلح الذى يقع فيه مما لايجوز فى البيوع هو فى مذهب مالك على ثلاثة أقسام : صلح يفسخ باتفاق ، وصلح يفسخ باختلاف ، وصلح لايفسخ باتفاق إن طال وإن لم يطل فيه اختلاف .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الكفالة

واختلف العلماء فى نوعها وفى وقتها ، وفى الحكم اللازم عنها ، وفى شروطها ، وفى صفة لزومها ، وفى محلها . ولها أسماء : كفالة ، وحمالة ، وضمانة ، وزعامة . فأما أنواعها فنوعان : حمالة بالنفس ، وحمالة بالمال .
أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار . وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ . والسنة التى صار إليها الجمهور فى ذلك هو قوله عليه الصلاة والسلام « الزَّعِيمُ غارِمٌ » . وأما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه ، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا إذا كانت بسبب المال . وحكى عن الشافعى فى الجديد أنها لاتجوز ، وبه قال داود ، وحجتهما قوله تعالى ـ مَعَاذَ اللهِ أنْ نأْخُذَ إلاَّ مَنْ وَجَدْنا مَتاعَنا عِنْدَهُ ـ ولأنها كفالة بنفس فأشبهت الكفالة فى الحدود . وحجة من أجازها عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وتعلقوا بأن فى ذلك مصلحة ، وأنه مروى عن الصدر الأول وأما الحكم اللازم عنها ، فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه إذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شىء ، وحكى عن بعضهم لزوم ذلك . وفرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال : إن مات حاضرا لم يلزم الكفيل شىء ، وإن مات غائبا نظر ، فإن كانت المسافة التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها إحضاره فى الأجل المضروب له فى إحضاره ، وذلك فى نحو اليومين إلى الثلاثة ففرط غرم وإلا لم يغرم .
واختلفوا إذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال : القول الأول : أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم ، وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة . والقول الثانى إنه يحبس الحميل إلى أن يأتى به أو يعلم موته ، وهو قول أبى حنيفة وأهل العراق . والقول الثالث إنه ليس عليه إلا أن يأتى به إذا علم موضعه ، ومعنى ذلك أن لايكلف إحضاره إلا مع العلم بالقدرة على إحضاره ، فإن ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل ، وأنكر الحميل

كلف الطالب بيان ذلك . قالوا : ولا يحبس الحميل إلا إذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع ، فيكلف حينئذ إحضاره ، وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم ابن سلام فى كتابه فى الفقه عن جماعة من الناس واختاره . وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم إذا غاب ، وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس « أن رجلا سأل غريمه أن يؤدى إليه ماله أو يعطيه حميلا ، فلم يقدر حتى حاكمه إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أدى المال إليه » قالوا : فهذا غرم فى الحمالة المطلقة . وأما أهل العراق فقالوا : إنما يجب عليه إحضار ما تحمل به وهو النفس ، فليس يجب أن يعدى ذلك إلى المال إلا لو شرطه على نفسه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » فإنما عليه أن يحضره أو يحبس فيه ، فكما أنه إذا ضمن المال فإنما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه ، كذلك الأمر فى ضمان الوجه . وعمدة الفريق الثالث أنه إنما يلزمه إحضاره إذا كان إحضاره له مما يمكن ، وحينئذ يحبس إذا لم يحضره ، وأما إذا علم أن إحضاره له غير ممكن فليس يجب عليه إحضاره كما أنه إذا مات ليس عليه إحضاره . قالوا : ومن ضمن الوجه فأغرم المال فهو أحرى أن يكون مغرورا من أن يكون غارا . فأما إذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك : إن المال لا يلزمه ، ولا خلاف فى هذا فيما أحسب ، لأنه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط ، فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فإن الفقهاء متفقون على أنه إذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم . واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر ، فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثورى والأوزاعي وأحمد وإسحق : للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل أو المكفول ؛ وقال مالك فى أحد قوليه : ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه . وله قول آخر مثل قول الجمهور . وقال أبو ثور : الحمالة والكفالة واحدة ، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين ، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة . ومن الحجة لما رأى أن الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا أو حاضرا ، غنيا

أو عديما حديث قبيصة بن المخارق قال: « تحملت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : تُخْرِجُها عَنْكَ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ يا قَبِيصَةُ إنَّ المَسْأَلَةَ لا تَحِلُّ إلاَّ فى ثَلاثٍ ، وَذَكَرَ رَجُلاً تَحَمَّلَ حَمَالَةَ رَجُلٍ حَتَّى يُؤَدِّيهَا » ووجه الدليل من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » أعنى كفالة المال وكفالة الوجه ، وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطأ أو الصلح فى قتل العمد أو السرقة التى ليس يتعلق بها قطع وهى ما دون النصاب أو من غير ذلك . وروى عن أبى حنيفة إجازة الكفالة فى الحدود والقصاص ، أو فى القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتى : أعنى كفالة النفس . وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل ، فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار وإما ببينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه ، فاختلفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا ؟ فقال قوم : إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه ، وهو قول شريح القاضي والشعبي ، وبه قال سحنون من أصحاب مالك . وقال قوم : بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك ؟ ، وإلى كم من المدة يلزم ؟ فقال قول : إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطى ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه وإلا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بينة حاضرة فى المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الأيام إلى الجمعة ، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال أهل العراق: لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعى بينة حاضرة فى المصر نحو قول ابن القاسم ، إلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون إنه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل ، وقد أنكروا الفرق فى ذلك والفرق بين الذى يدعى البينة الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة ، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها . وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين فى ذلك ، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه ، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون

الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة . وروى عن عراك بن مالك قال « أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم ، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين : اذْهَبْ واطْلُبْ وحبس الآخر ، فجاء بما ذهب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين : استَغْفِرْ لى ، فقال : غفر الله لك ، قال : وأنْتَ فَغَفَرَ اللهُ لكَ وقَتَلَكَ فى سَبِيلِه » خرج هذا الحديث أبو عبيد فى كتابه بالفقه قال : وحمله بعض العلماء على أن ذلك كان من رسول الله حبسا قال : ولا يعجبنى ذلك ، لأنه لايجب الحبس بمجرد الدعوى ، وإنما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب إذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم . فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم فى ضمان الميت إذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه ، فأجازه مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لايجوز . واستدل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لايتعلق بمعلوم قطعا ، وليس كذلك المفلس . واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صدر الإسلام لايصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه . والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ، ولا يصح عند أبى حنيفة . وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعى يشترطان فى وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ، ومالك لايشترط ذلك ، ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد ، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما ماتجوز فيه الحمالة بالمال مما لاتجوز ، فإنها لاتجوز عند مالك بكل مال ثابت فى الذمة إلا الكتابة وما لايجوز فيه التأخير ، وما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج ، وما شاكلها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين ، لقوله عليه الصلاة والسلام «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ وإذَا أُحِيلَ أحَدُكُمْ عَلَى غَنِيٍّ فَلْيَسْتَحِلْ» والنظر فى شروطها وفى حكمها ، فمن الشروط اختلافهم فى اعتبار رضا المحال والمحال عليه ، فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه ، وهو مالك ؛ ومن الناس من اعتبر رضاهما معا ؛ من الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه ، وهو نقيض مذهب مالك ، وبه قال داود ، فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ، ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لايعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا . وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « إذَا أُحِيلَ أحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » والأمر على الوجوب ، وبقى المحال عليه على الأصل ، وهو اشتراط اعتبار رضاه . ومن الشروط التى اتفق عليها فى الجملة كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا ، إلا أن منهم من أجازها فى الذهب والدراهم فقط ومنعها فى الطعام ، والذين منعوها فى ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه ، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه ؛ وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالا . وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لايجوز إلا أن يكون الدينان حالّين ؛ وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين المحال به حالاً ؛ ولم يفرق بين ذلك الشافعى ، لأنه كالبيع فى ضمان المستقرض وإنما رخص مالك فى القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى . وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم ، والمسئلة مبنية على أن ما شذ عن الأصول

هل يقاس عليه أم لا ؟ والمسئلة مشهورة فى أصول الفقه ، وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط : أحدها أن يكون دين المحال حالا ، لأنه إن لم يكن حالا كان دينا بدين . والثانى أن يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه فى القدر والصفة ، لأنه إذا اختلفا فى أحدهما كان بيعا ولم يكن حوالة ، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع ، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين . والشرط الثالث أن لايكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم ، وإذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل ، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا ، لكن أشهب يقول إن استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية ؛ وابن القاسم لايقول ذلك كالحال إذا اختلفت ويتنزل المحالُ فى الدين الذى أحيل عليه منزلة من أحاله ، ومنزلته فى الدين الذى أحاله به ، وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره ، أعنى أنه لايجوز له من ذلك إلا مايجوز له مع الذى أحاله وما يجوز للذى أحال مع الذى أحاله عليه ، ومثال ذلك إن احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم أو بطعام من سلم فى طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه ، لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرض فى طعام من سلم نزل منزلة المحيل فى أنه لايجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه لكونه طعاما من بيع ، وإن كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزّل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله ، أعنى أنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه ، كذلك لايجوز أن يبيع الطعام الذى أحيل عليه وإن كان من قرض ، وهذا كله مذهب مالك ، وأدلة هذه الفروق ضعيفة .

وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحمالة ، فى أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشىء ؛ قال مالك وأصحابه : إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم ؛ وقال أبو حنيفة : يرجع صاحب الدين على المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحوالة وإن لم تكن له بينة ، وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة . وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الوكالة

وفيها ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى أركانها ، وهي النظر فيما فيه التوكيل ، وفى الموكل . والثانى فى أحكام الوكالة . والثالث : فى مخالفة الموكل للوكيل .

الباب الاول فى أركانها

وهى النظر فيما فيه التوكيل ، وفى الموكِّل ، وفى الموكَّل

(الركن الأول : فى الموكل) واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأمور أنفسهم ، واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر الصحيح ، فقال مالك : تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة : لاتجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة . فمن رأى أن الأصل لاينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا ما دعت إليه الضرورة وانعقد الإجماع عليه قال : لاتجوز نيابة من اختلف فى نيابته ؛ ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال : الوكالة فى كل شىء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لاتصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

(الركن الثانى : فى الوكيل) وشروط الوكيل أن لايكون ممنوعا بالشرع من تصرفه فى الشىء الذى وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح . أما عند الشافعى فلا بمباشرة ولا بواسطة : أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح ، ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر .

(الركن الثالث : فيما فيه التوكيل) وشرط محل التوكيل أن يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والطلاق والنكاح والخلع والصلح . ولا تجوز فى العبادات البدنية ، وتجوز فى المالية كالصدقة والزكاة والحج ، وتجوز عند

مالك فى الخصومة على الإقرار والإنكار ؛ وقال الشافعى فى أحد قوليه : لاتجوز على الإقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان ، وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعى مع الحضور قولان : والذين قالو إن الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا فى مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لايتضمن ، وقال أبوحنيفة : يتضمن .

(الركن الرابع) وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هى من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله فى أحكام هذا العقد ، وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة ، فالعامة هي التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لايسمى فيه شىء دون شىء وذلك أنه إن سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض ؛ وقال الشافعى : لاتجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر ، وإنما يجوز منها ما سمى وحدد ونص عليه ، وهو الأقيس إذ كان الأصل فيها المنع ، إلا ما وقع عليه الإجماع .

الباب الثانى فى الأحكام

وأما الأحكام : فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل . فأما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع ، لكن أبوحنيفة يشترط فى ذلك حضور الموكل ، وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا : إلا أن تكون وكالة فى خصومة . وقال أصبغ : له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم ، وليس للوكيل أن يعزل نفسه فى الموضع الذى لايجوز أن يعزله الموكل ، وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعى . وقال أبوحنيفة : ذلك من شروطه ؛ وكذلك ليس من شرط إثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك . وقال الشافعى : من شرطه . واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين ، فإذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فتى يكون الوكيل معزولا ، والوكالة منفسخة فى حق من عامله فى المذهب فيه ثلاثة أقوال : الأول أنها تنفسخ فى حق الجميع بالموت والعزل . والثانى أنها تنفسخ فى حق كل واحد منهم بالعلم ، فمن علم انفسخت فى حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ فى حقه . والثالث أنها تنفسخ فى حق من عامل الوكيل

بعلم الوكيل وإن لم يعلم هو ، ولا تنفسخ فى حق الوكيل بعلم الذى عامله إذا لم يعلم الوكيل ، ولكن من دفع إليه شيئا بعد العلم بعزله ضمنه ، لأنه دفع إلى من يعلم أنه ليس بوكيل .

وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة : أحدها إذا وكل على بيع شىء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ؟ فقال مالك : يجوز ، وقد قيل عنه : لايجوز ؛ وقال الشافعى : لايجوز ، وكذلك عند مالك الأب والوصى . ومنها إذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع إلا بثمن مثله نقدا بنقد البلد ، ولا يجوز إن باع نسيئة ، أو بغير نقد البلد ، أو بغير ثمن المثل ، وكذلك الأمر عنده فى الشراء ؛ وفرق أبوحنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال: يجوز فى البيع أن يبيع بغير ثمن المثل ، وأن يبيع نسيئة ، ولم يجز إذا وكله فى شراء عبد بعينه أن يشتريه إلا بثمن المثل نقدا ، ويشبه أن يكون أبوحنيفة إنما فرق بين الوكالة على شراء شىء بعينه ، لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشىء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها فى ذلك كله ، كذلك حكم الوكيل إذ قد أنزله منزلته ، وقول الجمهور أبين ، وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى ، وإذا اشترى الوكيل شيئا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل إلى الموكل ؛ وقال أبوحنيفة : إلى الوكيل أولا ثم إلى الموكل ، وإذا دفع الوكيل دينا عن الموكل ولم يشهد فأنكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل .

الباب الثالث فى مخالفة الموكل للوكيل

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل ، فقد يكون فى ضياع المال الذى استقر عند الوكيل ، وقد يكون فى دفعه إلى الموكل ، وقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى إذا أمره بثمن محدود ، وقد يكون فى المثمون ، وقد يكون فى تعيين من أمره بالدفع إليه ، وقد يكون فى دعوى التعدى . فإذا اختلفا فى ضياع المال فقال الوكيل ضاع منى ، وقال الموكل لم يضع ، فالقول قول الوكيل إن كان لم يقبضه ببينة ، فإن كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم

ثانية ، وهل يرجع الغريم على الوكيل ؟ فيه خلاف ، وإن كان قد قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شيء . وأما إذا اختلفا فى الدفع فقال الوكيل دفعته إليك ، وقال الموكل : لا ، فقيل القول قول الوكيل . وقيل القول قول الموكل . وقيل إن تباعد ذلك فالقول قول الوكيل . وأمر اختلافهم فى مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء ؛ فقال ابن القاسم : إن لم تفت السلعة فالقول قول المشترى ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وإن فاتت بالقيمة وإن كان اختلافهم فى مقدار الثمن الذى أمره به فى البيع ؛ فعند ابن القاسم أن القول فيه قول الموكل ، لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء . وأما إذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففى المذهب فيه قولان : المشهور أن القول قول المأمور ، وقيل القول قول الآمر : وأما إذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره ، فالمشهور أن القول قول الموكل ، وقد قيل إن القول قول الوكيل إنه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب اللقطة

والنظر فى اللقطة فى جملتين : الجملة الأولى : فى أركانها : والثانية : فى أحكامها .

(الجملة الأولى) والأركان ثلاثة : الالتقاط ، والملتقط ، واللقطة : فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو فضل أم الترك ؟ فقال أبو حنيفة : الأفضل الالتقاط ، لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم ، وبه قال الشافعى ؛ وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط ، وروى عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال أحمد ، وذلك لأمرين : أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « ضَالَّةُ المُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ » ولما يخاف أيضا من التقصير فى القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدى عليها ، وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا : أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف ؛ وقال قوم : بل لقطها واجب . وقد قيل إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة

بين قوم مأمونين والإمام عادل . قالوا : وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عادل فواجب التقاطها . وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر فالأفضل أن لايلتقطها . وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عادل فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين ، وهذا كله ما عدا لقطة الحاج ، فإن العلماء أجمعوا على أنه لايجوز التقاطها لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، ولقطة مكة أيضا لايجوز التقاطها إلا لمنشد لورود النص فى ذلك ، والمروىّ فى ذلك لفظان : أحدهما أنه لاترفع لقطتها إلا لمنشد . الثانى لايرفع لقطتها إلا منشد ، فالمعنى الواحد أنها لاترفع إلا لمن ينشدها ، والمعنى الثانى لايلتقطها إلا لمن ينشدها ليعرف الناس . وقال مالك : تعرف هاتان اللقطتان أبدا . فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية ، واختلف عن الشافعى فى جواز التقاط الكافر . قال أبو حامد : والأصح جواز ذلك فى دار الإسلام . قال : وفى أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عدم أهلية الولاية ، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال لمسلم معرّض للضياع كان ذلك فى عامر الأرض أو غامرها ، والجماد والحيوان فى ذلك سواء إلا الإبل باتفاق . والأصل فى اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى ، وهو متفق على صحته أنه قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة ، فقال : اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وإلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا ، قال : فضالّة الغنم يا رسول الله ؟ قال : هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ ، قال : فضالّة الإبل : قال : مَالَكَ وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا » وهذا الحديث يتضمن معرفته ما يلتقط مما لايلتقط ، ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون فى العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فأما الإبل فاتفقوا على أنها لاتلتقط ، واتفقوا على الغنم أنها تلتقط ، وترددوا فى البقر ، والنص عن الشافعى أنها كالإبل ، وعن مالك أنها كالغنم ، وعنه خلاف .

(الجملة الثانية) وأما حكم التعريف ، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة ما لم تكن من الغنم . واختلفوا فى حكمها بعد السنة ، فاتفق

فقهاء الأمصار مالك والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيرا ، أو يتصدق بها إن كان غنيا ، فان جاء صاحبها كان مخيرا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه إياها . واختلفوا فى الغنى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول؟ فقال مالك والشافعى : له ذلك ؛ وقال أبو حنيفة : ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ؛ وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من التابعين ؛ وقال الأوزاعى : إن كان مالا كثيرا جعله فى بيت المال ؛ وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة . وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر . واستدل مالك والشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام « فشأنك بها » ولم يفرق بين غنى وفقير . ومن الحجة لهما ما رواه البخارى والترمذى عن سويد بن غفلة قال « لقيت أويس بن كعب فقال : وجدت صرة فيها مائة دينار ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عرّفْها حوْلاً ، فعرفتها فلم أجد ، ثم أتيته ثلاثا فقال : احْفَظْ وِعاءَها وَوِكاءَها فانْ جاءَ صَاحِبُها وإلاَّ فاسْتَمْتِعْ بِهَا » وخرج الترمذى وأبو داود « فاسْتَنْفِقْها » . فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ، وهو أنه لايحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، فمن غلّب هذا الأصل على ظاهر الحديث ، وهو قوله بعد التعريف « فشأنك بها » قال : لايجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ؛ ومن غلّب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى منه قال : تحل له بعد العام وهى مال من ماله لايضمنها إن جاء صاحبها ، ومن توسط قال : يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عينا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها ، فاتفقوا على أنها لاتدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء ، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بينة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ولايحتاج إلى بينة ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : لايستحق إلا ببينة . وسبب الخلاف معارضة الأصل فى اشتراط الشهادة فى صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث ؛ فمن غلب الأصل قال : لابد من البينة ؛ ومن غلب ظاهر الحديث قال : لايحتاج إلى بينة : وإنما اشترط

الشهادة فى ذلك الشافعى وأبو حنيفة لأن قوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » يحتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ، ويحتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل ، فان الأصول لاتعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلا أن تصح الزيادة التى نذكرها بعد ؛ وعند مالك وأصحابه أن على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد ، قالوا : وذلك موجود فى بعض روايات الحديث ولفظه « فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها إليه » قالوا : ولكن لايضره الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء ، وكذلك إن زاد فيه . واختلفوا إن نقص من العدد على قولين ، وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء . وأما إذا غلط فيها فلا شىء له . وأما إذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقيل إنه لاشىء له إلا بمعرفتهما جميعا ، وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء ، وقيل إن ادعى الجهالة استبرئ ، وإن غلط لم تدفع إليه . واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم بغير يمين : وقال أشهب : بيمين : وأما ضالة الغنم ، فان العلماء اتفقوا على أن لواجد ضالة الغنم فى المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة « هى لك أو لأخيك أو للذئب » واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها ؛ وقال مالك فى أشهر الأقاويل عنه : إنه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة ، إلا أن مالكا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ، ولم يجز كذلك التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا ؛ وعنه رواية أخرى أنه يضمن ، وكذلك كل طعام لايبقى إذا خشى عليه التلف إن تركه . وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه فى ذلك أنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه ، كالعين والعروض . وقسم لايبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة فى القفر ، والطعام الذى يسرع إليه الفساد . وقسم لايخشى عليه التلف .

فأما القسم الأول ، وهو ما يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون يسيرا لابال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لايطلبه لتفاهته ، فهذا لايعرف عنده وهو لمن وجده . والأصل فى ذلك ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة فى الطريق فقال : لَوْلا أنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لأكَلْتُها » ولم يذكر فيها تعريفا ، وهذا مثل العصا والسوط ، وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك . والثانى أن يكون يسيرا إلا أن له قدرا ومنفعة ، فهذا لااختلاف فى المذهب فى تعريفه . واختلفوا فى قدر ما يعرّف ، فقيل سنة ، وقيل أياما . وأما الثالث فهو أن يكون كثيرا أو له قدر ، فهذا لااختلاف فى وجوب تعريفه حولا . وأما القسم الثانى وهو ما لايبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف ، فإن هذا يأكله كان غنيا أو فقيرا ، وهل يضمن ؟ فيه روايتان كما قلنا الأشهر أن لاضمان . واختلفوا إن وجد ما يسرع إليه الفساد فى الحاضرة فقيل لاضمان عليه ، وقيل عليه الضمان ، وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن ، أو يأكله فيضمن . وأما القسم الثالث فهو كالإبل ، أعنى أن الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك ، فإن أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ؛ وقيل فى المذهب هو عام فى جميع الأزمنة ؛ وقيل إنما هو فى زمان العدل ، وأن الأفضل فى زمان غير العدل التقاطها . وأما ضمانها فى الذى تعرف فيه ، فإن العلماء اتفقوا على أن من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن ، واختلفوا إذا لم يشهد ، فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : لاضمان عليه إن لم يضيع وإن لم يشهد ؛ وقال أبو حنيفة وزفر : يضمنها إن هلكت ولم يشهد . استدل مالك والشافعى بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان ، قالوا : وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال : إن جاء صاحبها وإلا فلتكن وديعة عندك . واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوَىْ عَدْلٍ عَلَيْها ولا يَكْتُمْ ولا يُعَنِّتْ ، فإنْ جاءَ صَاحِبُها فَهُوَ أحَقُّ بِهَا ، وإلاَّ فَهُوَ مالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشاءُ » . وتحصيل المذهب فى ذلك أن واجد اللقطة

عند مالك لايخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه : أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها : والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط : والثالث أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال ، فإن أخذها على جهة الالتقاط فهى أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها ، فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم : يضمن ؛ وقال أشهب : لايضمن إذا ردها فى موضعها ، فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة ، والقول قوله فى تلفها دون يمين إلا أن يتهم . وأما إذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ، ولكن لايعرف هذا الوجه إلا من قبله . وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوبا فيأخذه ، وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك . وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها ، وهو العبد يستهلك اللقطة ، فقال مالك : إنها فى رقبته إما أن يسلمه سيده فيها ، وإما أن يفديه بقيمتها ، هذا إذا كان استهلاكه قبل الحول ، فإن استهلكها بعد الحول كانت دينا عليه ولم تكن فى رقبته ؛ وقال الشافعى : إن علم بذلك السيد فهو الضامن ، وإن لم يعلم بها السيد كانت فى رقبة العبد . واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا ؟ فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلايرجع بشىء من ذلك على صاحب اللقطة . وقال الكوفيون : لايرجع بما أنفق إلا أن تكون النفقة عن إذن الحاكم ، وهذه المسئلة هى من أحكام الالتقاط ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب .

باب فى اللقيط

والنظر فى أحكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى أحكامه

وقال الشافعى كل شىء ضائع لاكافل له فالتقاطه من فروض الكفايات ، وفى وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف ، والخلاف فيه مبنى على الاختلاف فى الإشهاد على اللقطة . واللقيط : هو الصبى الصغير غير البالغ ، وإن كان مميزا ، ففيه فى مذهب الشافعى تردد ، والملتقط : هو كل حر عدل رشيد ، وليس العبد والمكاتب بملتقط ، والكافر يلتقط الكافر دون المسلم ، لأنه لاولاية

له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر ، وينزع من يد الفاسق والمبذر ، وليس من شرط الملتقط الغنى ، ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه ، وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه فى دار المسلمين ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك . وعند الشافعى بحكم من أسلم منهما ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وقد اختلف فى اللقيط فقيل إنه عبد لمن التقطه ، وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه ، وقيل إنه حر وولاؤه للمسلمين ، وهو مذهب مالك . والذى تشهد له الأصول إلا أن يثبت فى ذلك أثر تخصص به الأصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : ترث المرأة ثلاثة : لقيطها وعتيقها وولدها الذى لاعنت عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوديعة

وجلّ المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار فى هذا الكتاب هى فى أحكام الوديعة : فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لامضمونة ، إلا ما حكى عن عمر ابن الخطاب . قال المالكيون : والدليل على أنها أمانة أن الله أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ، فوجب أن يصدق فى المستودع فى دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذّبه المودع ، قالوا : إلا أن يدفعها إليه ببينة فانه لايكون القول قوله ، قالوا : لأنه إذا دفعها إليه ببينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها ، فيصدق فى تلفها ولا يصدق على ردها ، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه ؛ وقد قيل عن ابن القاسم إن القول قوله وإن دفعها إليه ببينة ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ، وهو القياس ، لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ، ويبعد أن تنتقض الأمانة ، وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التى دفعتها إليه . وأما من دفعها إلى غير اليد التى دفعتها إليه ، فعليه ما على ولى اليتيم من الإشهاد عند مالك وإلا ضمن ، يريد قول الله عز وجل ـ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ـ فإن أنكر القابض القبض فلايصدق المستودع فى الدفع عند مالك وأصحابه إلا ببينة ، وقد قيل إنه يتخرج من المذهب أنه يصدق فى ذلك ، وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها إلى الذى دفعها

أو لم يأمر ؛ وقال أبوحنيفة : إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه ، فان أقر المدفوع إليه بالوديعة ، أعنى إذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو أن يكون المستودع دفعها إلى أمانة وهو وكيل المستودع أو إلى ذمة ، فان كان القابض أمينا فاختلف فى ذلك قول ابن القاسم فقال مرة : يبرأ الدافع بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الآمر الوكيل بالقبض ، ومرة قال : لايبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتى القابض بالمال . وأما إن دفع إلى ذمة ، مثل أن يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها إلىّ سلفا أو تسلفا فى سلعة أو ما أشبه ذلك ، فإن كانت الذمة قائمة برئ الدافع فى المذهب من غير خلاف ، وإن كانت الذمة خربة فقولان . والسبب فى هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوّى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه ؛ فمن شبه أمانة الذى أمره المودع أن يدفعها إليه ، أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال : يكون القول قوله فى دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ؛ ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال : لايبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ؛ ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال : القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ ومن رأى أنه أضعف منه قال : الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال ، وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لايضمن ، وقال الغير : يضمن . وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لاضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ويختلفون فى أشياء هل هى تعدّ أم ليس بتعد ؟ فن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب إذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أوأخرجها لنفقته ثم ردها ، فقال مالك : يسقط عنه الضمان بحالة مثل إذا ردها ؛ وقال أبوحنيفة : إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضمن ؛ وقال عبد الملك والشافعى : يضمن فى الوجهين جميعا ؛ فن غلظ الأمر ضمنه إياها بتحريكها ونية استنفاقها ؛ ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها . ومنها اختلافهم فى السفر بها ، فقال مالك ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له فى سفر ؛ وقال أبوحنيفة له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة . ومنها أنه ليس للمودَع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فإن فعل ضمن ؛ وقال

أبوحنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ، لأنه شبهه بأهل بيته . وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم . وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم ، فما كان بينا من ذلك أنه حفظ اتفق عليه ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه ، مثل اختلافهم فى المذهب فيمن جعل وديعة فى جيبه فذهبت ، والأشهر أنه يضمن . وعند ابن وهب أن من أودع وديعة فى المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لاضمان عليه ، ويختلف فى المذهب فى ضمانها بالنسيان ، مثل أن ينساها فى موضع أو ينسى من دفعها إليه ، أو يدعيها رجلان ، فقيل يحلفان وتقسم بينهما ، وقيل إنه يضمن لكل واحد منهما ، وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر . واختلف فى ذلك أصحاب الشافعى ، فمنهم من يقول : إن أودعها لغير الحاكم ضمن . وقبول الوديعة عند مالك لايجب فى حال ، ومن العلماء من يرى أنه واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ، ولاأجر للمودَع عنده على حفظ الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن أونفقة فعلى ربها . واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور ، وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر به فربح فيه ، هل ذلك الربح حلال له أم لا ؟ فقال مالك والليث وأبويوسف وجماعة : إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصبا للمال فضلا عن أن يكون مستودعا عنده ؛ وقال أبوحنيفة وزفر ومحمد بن الحسن : يؤدى الأصل ويتصدق بالربح ؛ وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح ؛ وقال قوم : هو مخير بين الأصل والربح ؛ وقال قوم : البيع الواقع فى تلك التجارة فاسد ، وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح إذا مات . فمن اعتبر التصرف قال : الربح للمتصرف ؛ ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال . ولذلك لما أمر عمر رضى الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذى أسلفهما أبوموسى الأشعرى من بيت المال ، فتجروا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته قراضا ، فأجاب إلى ذلك ، لأنه قد روى أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء ، وأن ذلك عدل .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب العارية

والنظر فى العارية فى أركانها وأحكامها . وأركانها خمسة : الإعارة ، والمعير والمستعير ، والمعار ، والصيغة . أما الإعارة فهى فعل خير ومندوب إليه ، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول . روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله ابن مسعود أنهما قالا فى قوله تعالى - وَيَمْنَعُونَ المَاعُونَ - أنه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك . وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للعارية إما لرقبتها وإما لمنفعتها ، والأظهر أنها لاتصح من المستعير أعنى أن يعيرها . وأما العارية فتكون فى الدور والأرضين والحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، ولذلك لاتجوز إباحة الجوار للاستمتاع . ويكره للاستخدام إلا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الإعارة ، فهى كل لفظ يدل على الإذن ، وهى عقد جائز عند الشافعى وأبى حنيفة : أى للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء ؛ وقال مالك فى المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية . وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة . وأما الأحكام فكثيرة ، وأشهرها هل هى مضمونة أو أمانة ؟ فنهم من قال : إنها مضمونة وإن قامت البينة على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعى ، وأحد قولى مالك ؛ ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونة أصلا ، وهو قول أبى حنيفة ؛ ومنهم من قال : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لايغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار فى ذلك ، وذلك أنه ورد فى الحديث الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية « بَلْ عارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وفى بعضها « بَلْ عارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وروى عنه أنه قال « لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ ضَمانٌ » فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان

ابن أمية ألزمه الضمان ؛ ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، إلا أن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان ، غير مشهور ، وحديث صفوان صحيح ، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ؛ ومن فرق قال : الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض . واتفقوا فى الإجارة على أنها غير مضمونة : أعنى الشافعى وأبا حنيفة ومالكا ، ويلزم الشافعى إذا سلم أنه لا ضمان عليه فى الإجارة أن لا يكون ضمان فى العارية إن سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع ، لأنه إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة فى إسقاط الضمان . واختلفوا إذا شرط الضمان ، فقال قوم : يضمن ؛ وقال قوم : لا يضمن ، والشرط باطل ؛ ويجىء على قول مالك إذا اشترط الضمان فى الموضع الذى لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل فى استعماله العارية لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها إلا بأن يخرجها فى ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم . واختلف عن مالك والشافعى إذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التى استعار إليها ، فقال مالك : المالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعا إذا كان مما له قيمة بعد انقلاع ، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة ؛ وقال الشافعى : إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع ، بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه ، أو ينقض بأرش ، أو يتملك ببدل ، فأيها أراد المعير أجبر عليه المستعير ، فان أبى كلف تفريغ الملك . وفى جواز بيعته للنقض عنده خلاف ، لأنه معرض للنقض ، فرأى الشافعى أن آخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ؛ ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل ، وأن العرف فى ذلك يتنزل منزلة الشروط ، وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه

خشبة لمنفعته، ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة فى كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة : لايقضى عليه به إذ العارية لايقضى بها ، وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث : يقضى بذلك ، وحجتهم ماخرّجه مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فى جِدارِهِ » ثم يقول أبو هريرة : مالى أراكم عنها معرضين ، والله لأرمينّ بها بين أكتافكم . واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعنى وهو لك منفعة ، تسقى منه أولا وآخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلى سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لاتمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرنّ به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أنه قال : كان فى حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوّله إلى ناحية من الحائط ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعى مالكا لإدخاله هذه الأحاديث فى موطئه ، وتركه الأخذ بها . وعمدة مالك وأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَحِلُّ مالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » وعند الغير أن عموم هذا مخصص بهذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبى هريرة . وعند مالك أنها محمولة على الندب ، وأنه إذا أمكن أن تكون مختصة وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى ، لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض . وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لايؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة فى الخليج ، ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف فى تحويل الربيع ، وذلك أنه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه بطريق لم يكن قبل ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الغصب

وفيه بابان : الأول : فى الضمان ، وفيه ثلاثة أركان : الأول : الموجب للضمان . والثانى : ما فيه الضمان . والثالث : الواجب. وأما الباب الثانى : فهو فى الطوارئ على المغصوب .

الباب الاول فى الضمان

(الركن الأول) وأما الموجب للضمان ، فهو إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه . واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرته الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر ، هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح ، فقال مالك : يضمنه هاجه على الطيران أولم يهجه . وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال ؛ وفرق الشافعى بين أن يهيجه على الطيران أو لا يهيجه ، فقال : يضمن إن هاجه ، ولا يضمن إن لم يهجه ؛ ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شىء فهلك ؛ فمالك والشافعى يقولان : إن حفره بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه وإلا لم يضمن ، ويجىء على أصل أبى حنيفة أنه لا يضمن فى مسئلة الطائر ، وهل يشترط فى المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمدا وخطأ ، وإن كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختارا ؟ فالمعلوم عن الشافعى أنه يشترط أن يكون مختارا ، ولذلك رأى على المكره الضمان : أعنى المكره على الإتلاف .

(الركن الثانى) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار ، فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعنى أنها إن انهدمت الدار ضمن قيمتها ؛ وقال

أبو حنيفة : لايضمن . وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ماينقل ويحول ؟ فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ؛ ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال : لاضمان .

(الركن الثالث) وهو الواجب فى الغصب ، والواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لاخلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أو موزونا أن على الغاصب المثل ، أعنى مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا فى العروض فقال مالك : لايقضى فى العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة وداود : الواجب فى ذلك مثل ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل . وعمدة مالك حديث أبى هريرة المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم «مَنْ أعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فى عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ الباقى قيمَةَ العَدْلِ» الحديث . ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة . وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى - فَجَزَاءٌ مِثْلُ ما قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ - ولأن منفعة الشىء قد تكون هى المقصودة عند المتعدى عليه . ومن الحجة لهم ما خرجه أبو داود من حديث أنس وغيره « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبى صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول : غارَتْ أُمُّكُمْ كُلُوا كُلُوا ، حتى جاءت قصعتها التى فى بيتها ، وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحفة الصحيحة إلى الرسول ، وحبس المكسورة فى بيته » وفى حديث آخر « أن عائشة كانت هى التى غارت وكسرت الإناء ، وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ما كفارة ما صنعتُ ؟ قال : إناءٌ مِثْلُ إناءٍ ، وطَعامٌ مِثْلُ طَعامٍ » .

الباب الثانى فى الطوارى

والطوارئ على المغصوب إما بزيادة وإما بنقصان ، وهذان إما من قِبَل المخلوق ، وإما من قِبل الخالق . فأما النقصان الذى يكون بأمر من السماء فإنه

ليس له إلا أن يأخذه ناقصا ، أو يضمّنه قيمته يوم الغصب ؛ وقيل إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير فى المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب ؛ وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصا ، ولا شيء له فى الجناية كالذى يصاب بأمر من السماء ، وإليه ذهب ابن المواز . والسبب فى هذا الاختلاف أن من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان ، كأنه حدث فى ملك صحيح ، فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه فى النقصان شيئا سواء كان من سببه أو من عند الله ، وهو قياس قول أبى حنيفة . وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط . ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته فى كل أوان كانت يده عليه آخذة بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان ، سواء كان من فعله أو من عند الله ، وهو قول الشافعى أو قياس قوله . ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب ، وبين الجناية التى تكون بأمر من السماء ، وهو مشهور مذهب مالك ؛ وابن القاسم فعمدته قياس الشبه ، لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه ، كما لو جنى عليه وهو فى ملك صاحبه ، فهذا هو نكتة الاختلاف فى هذا الباب فقف عليه . وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب ، فالمغصوب مخير بين أن يضمّن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى ، وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجانى بحكم الجنايات ، فهذا حكم الجنايات على العين فى يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب ، فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين : جناية تبطل يسيرا من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق ، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية ، وذلك بأن يقوّم صحيحا ويقوّم بالجناية ، فيعطى ما بين القيمتين . وأما إن كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود ، فإن صاحبه يكون مخيرا إن شاء أسلمه للجانى وأخذ قيمته ، وإن شاء أخذ قيمة الجناية ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية . وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل

على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين : وأما النماء فإنه على قسمين : أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب . والثانى أن يكون مما أحدثه الغاصب : فأما الأول فانه ليس بفوت ؛ وأما النماء بما أحدثه الغاصب فى الشيء المغصوب فإنه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك إلى قسمين : أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ فى الثوب والنقش فى البناء وما أشبه ذلك . والثانى أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت : فأما الوجه الأول ، وهو أن يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة ، فإنه ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك . والثانى أن لا يقدر على إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فأما الوجه الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره ، وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط أجر القلع ؛ وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره ، وإنما يستأجر عليه ؛ وقيل إنه لا يحط من ذلك أجر القلع ، هذا إن كانت له قيمة ، وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء ، لأن من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته ، فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه ، إلا فى السويق الذى يلته فى السمن وما أشبه ذلك من الطعام ، فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة فيما لا مثل له . وأما الوجه الثانى من التقسيم الأول ، وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه فى الشيء المغصوب سوى العمل ، فإن ذلك أيضا ينقسم قسمين : أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب أو الرفولة : والثانى أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب ، ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولا ،

وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشىء المغصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى ؛ وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب ، أصله مسئلة البنيان فيقول : إنه لاحق للغاصب فيما لايقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين . وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب ، وقد قيل إنهما يكونان شريكين ، هذا بقيمةالصبغ ، وهذا بقيمة الثوب إن أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، وإن أبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره ابن القاسم فى المدونة فى كتاب اللقطة وقال : إن الشركة لاتكون إلا فيما كان بوجه شبهة جلية . وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول : إنه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب ، ويضمن للمغصوب مقدار النقصان ، وأصول الشرع تقتضى أن لايستحل ماله الغاصب من أجل غصبه ، وسواء كان منفعة أو عينا ، إلا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » لكن هذا مجمل، ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشىء الذى غصبه ، أعنى ماله المتعلق بالمغصوب ، فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير أو لم يتغير . وأما حكم غلته ، فاختلف فى ذلك فى المذهب على قولين : أحدهما أن حكم الغلة حكم الشىء المغصوب ، والثانى أن حكمهما بخلاف الشىء المغصوب ؛ فمن ذهب إلى أن حكمهما حكم الشىء المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول: إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر ما انتهت إليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لاقيمة الشىء المغصوب يوم الغصب . وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشىء المغصوب ، فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لاضمان على الغاصب ، وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لايغاب عليه . وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أحدها غلة متولدة عن الشىء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد ، وغلة متولدة عن الشىء لاعلى صورته ، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها ، وغلال غير متولدة بل هى منافع ، وهى الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك .

فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يرده كالولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولدَ الغاصب . وإنما اختلفوا فى ذلك إذا ماتت الأم ، فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم ؛ وقال الشافعى : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس . وأما إن كان متولدا على غير خلقة الأصل وصورته ففيه قولان : أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد . والثانى أنه يلزمه رده مع الشىء المغصوب إن كان قائما أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يُعرف ذلك إلا من قوله ، فان تلف الشىء المغصوب كان مخيرا بين أن يضمنه بقيمته ولا شىء له فى الغلة ، وبين أن يأخذه بالغلة ولاشىء له من القيمة . وأما ما كان غير متولد ، فاختلفوا فيه على خمسة أقوال : أحدها أنه لايلزمه رده جملة من غير تفصيل . والثانى أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضا . والثالث أنه يلزمه الرد إن أكرى ، ولا يلزمه الرد إن انتفع أو عطل . والرابع يلزمه إن أكرى أو انتفع . ولا يلزمه إن عطل . والخامس الفرق بين الحيوان والأصول ، أعنى أنه يرد قيمة منافع الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ، وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها . وأما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح ، فالغلة قولا واحدا فى المذهب ؛ وقال قوم : الربح للمغصوب وهذا أيضا إذا قصد غصب الأصل . وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق ، ولا خلاف فى ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى ، كان مما يزال به أو بما لايزال به ؛ وقال أبو حنيفة : إنه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه إياها ولا فى حمله ، لأنه ضامن لها إن تلفت فى تعديه ، وهذا قوله فى كل ما ينقل ويحوّل ؛ فإنه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدى وصار فى ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب ، وإن كان الفرق بينهما أن الذى تجر به تحولت عينه ، وهذا لم تتحول عينه . وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم فى تعميم قوله عليه الصلاة والسلام « الخَرَاجُ بالضَّمانِ » وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب ، وهو فى غلام قيم فيه بعيب ، فأراد الذى صرف عليه أن يرد المشترى غلته ، وإذا خرج العام

على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور، فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال : إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة.، مثل أن يشترى شيئا فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم ، وليس لعرق ظالم حق ، فعمم هذا الحديث فى الأصل والغلة : أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى. وأما من عكس الأمر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » على أكثر من السبب الذى خرج عليه ، وخصص قوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » بأن جعل ذلك فى الرقبة دون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب . وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحدا ، وأن يعتبر التضمن أو لا يعتبر . وأما سائر الأقاويل التى بين هذين فهى استحسان . وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا بالجملة ونباتا فى غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ ». والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس فى أرض الغير . وروى أبو داود فى هذا الحديث زيادة قال عروة : ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر ، فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها » قال : فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس وإنها لنخل عم حتى أخرجت منها ، إلا ما روى فى المشهور عن مالك « أن من زرع زرعا فى أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه ، وكان على الزارع كراء الأرض . وقد روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : إن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع . وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع فى أرض غيره له نفقته وزريعته ، وهو قول كثير من أهل المدينة ، وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ نَفَقَتُهُ وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ » .

واختلف العلماء فى القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على أربعة أقوال : أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته . والثانى أن لاضمان عليه . والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار . والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولا ضمان فى المنفلت ، وممن قال : يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعى ؛ وبأن لاضمان عليهم أصلا قال أبوحنيفة وأصحابه ؛ وبالضمان بإطلاق قال الليث ، إلا أن الليث قال : لايضمن أكثر من قيمة الماشية ، والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه . فعمدة مالك والشافعى فى هذا الباب شيئان : أحدهما قوله تعالى ـ ودَاوُد وَسُلَيْمانَ إِذْ يَحْكُمانِ فى الحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ القَوْمِ ـ والنفش عند أهل اللغة لايكون إلا بالليل ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا . والثانى مرسله عن ابن شهاب « أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، وأن ما أفسدته المواشى بالليل ضامن على أهلها » أى مضمون . وعمدة أبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « العَجْماءُ جَرْحُها جُبارٌ » وقال الطحاوى : وتحقيق مذهب أبى حنيفة أنه لايضمن إذا أرسلها محفوظة ، فأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن ؛ والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم فى المسرح وأما إذا كانت فى أرض مزرعة لامسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الأصول له ، وذلك أنه تعد من المرسل ، والأصول على أن على المتعدى الضمان ، ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بيّن ، فإن المنفلت لايملك . فسبب الخلاف فى هذا الباب معارضة الأصل للسمع ، ومعارضة السماع بعضه لبعض ، أعنى أن الأصل يعارض « جرح العجماء جبار » ويعارض أيضا التفرقة التى فى حديث البراء ، وكذلك التفرقة التى فى حديث البراء تعارض أيضا قوله « جرح العجماء جبار » . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى عين الدابة بربع

ثمنها ، وكتب إلى شريح فأمره بذلك ، وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر ابن عبد العزيز ؛ وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص فى ثمنها قياسا على التعدى فى الأموال ؛ والكوفيون اعتمدوا فى ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا : إذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف ، فسبب الخلاف إذاً معارضة القياس لقول الصاحب .

ومن هذا الباب اختلافهم فى الجمل الصئول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا؟ فقال مالك والشافعى : لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه ؛ وقال أبو حنيفة والثورى : يضمن قيمته على كل حال . وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه فقتل فى المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود ، وإذا كان ذلك فى النفس كان فى المال أحرى ؛ لأن النفس أعظم حرمة من المال ، وقياسا أيضا على إهدار دم الصيد الحرمى إذا صال وتمسك به حذاق أصحاب الشافعى . وعمدة أبى حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها ، أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس . ومن هذا الباب اختلافهم فى المكرهة على الزنى ، هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا ؟ فقال مالك والشافعى والليث : عليه الصداق والحد جميعا ؛ وقال أبو حنيفة والثورى : عليه الحد ولا صداق عليه ، وهو قول ابن شبرمة . وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان : حق لله وحق للآدمى ، فلم يسقط أحدهما الآخر ؛ أصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع . وأما من لم يوجب الصداق ، فتعلق فى ذلك بمعنيين : أحدهما أنه إذا اجتمع حقان : حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله ، وهذا على رأى الكوفيين فى أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع . والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل البضع ، وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعيا ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق فى النكاح الذى على غير الشرع . ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب أسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائما أضعاف قيمة الأسطوانة ، فقال مالك والشافعى : يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته ؛ وقال أبو حنيفة : تفوت

بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ؛ وعند الشافعى لايفوت المغصوب بشىء من الزيادة . وهنا انقضى هذا الكتاب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الاستحقاق

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى أحكام الاستحقاق ، وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشىء المستحق من يد إنسان بما تثبت به الأشياء فى الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذى استحق من يده الشىء المستحق بشراء أنه لايخلو من أن يستحق من ذلك الشىء أقله أو كله أو جله ، ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ، ثم لايخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون ؛ فأما إن كان استحق منه أقله ، فإنه إنما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجميع . وأما إن كان استحق كله أو جله ، فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه إن كان اشتراه بثمن ، وإن كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه إن كان لم يتغير ، فإن تغير تغيرا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء ، وإن كان المال المستحق قد بيع ، فإن للمستحق أن يمضى البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه ؛ فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشىء المستحق ، فإن تغير الشىء المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان . فأما إن كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشىء ، أو بزيادة من ذات الشىء . فأما الزيادة من ذات الشىء فيأخذها المستحق ، مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه ، فمثل أن يشترى الدار فبنى فيها فتستحق من يده ، فإنه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين ، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بنى أوغرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاب . وأما إن كانت الزيادة ولادة

من قبل المستحق منه ، مثل أن يشترى أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجها على أنها حرة فتخرج أمة ، فإنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد ، واختلفوا فى أخذ قيمتهم . وأما الأم فقيل يأخذها بعينها ، وقيل يأخذ قيمتها . وأما إن كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره ، وإذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره ، لأن الغرور لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق ، فإنه إذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه ، وأعنى بالضمان أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده . وأما إذا كان غير ضامن ، مثل أن يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما فى يده فإنه يرد الغلة . وأما إن كان غير ضامن إلا أنه ادعى فى ذلك ثمنا مثل العبد يستحق بحرية ، فإنه وإن هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان : أنه لايضمن إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن إذا وجد على من يرجع . وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق ؟ فقيل يوم الحكم ، وقيل من يوم ثبوت الحق ، وقيل من يوم توقيفه : وإذا قلنا إن الغلة تجب للمستحق فى أحد هذه الأوقات الثلاثة فإذا كانت أصولا فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده ، فقيل إنها للمستحق ما لم تقطف ، وقيل ما لم تيبس ، وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه ، وهذا إن كان اشترى الأصول قبل الإبار . وأما إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم إن جذت ويرجع بالسقى والعلاج ؛ وقال أشهب : هى للمستحق مالم تجذ . والأرض إذا استحقت ، فالكراء إنما هو للمستحق إن وقع الاستحقاق فى إبان زريعة الأرض . وأما إذا خرج الإبان فقد وجب كراء الأرض للمستحق منه . وأما إن كان بغير نقصان ، فإن كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما إن كان أخذ له ثمنا مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر ، فإنه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض : قال القاضى : ولم أجد فى هذا الباب خلافا يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ، وهى أصولهم فى هذا الباب ، ولكن يجىء على أصول الغير أنه إذا كان المستحق منشترى بعرض ،

وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته ؛ وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل ؛ وكذلك يجىء على أصول الغير أن يرجع على المشترى إذا استحق منه قليل أو كثير ، لأنه لم يدخل على الباقى ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض . كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الهبات

والنظر فى الهبة : فى أركانها ، وفى شروطها ، وفى أنواعها ، وفى أحكامها. ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس مافيها من المسائل المشهورة .

فنقول : أما الأركان فهى ثلاثة : الواهب ، والموهوب له ، والهبة : أما الواهب فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان فى حال الصحة وحال إطلاق اليد : واختلفوا فى حال المرض وفى حال السفه والفلس . أما المريض فقال الجمهور : إنها فى ثلثه تشبيها بالوصية ، أعنى الهبة التامة بشروطها . وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر : أن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات ، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة . وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبى عليه الصلاة والسلام « فى الذى أعتق ستة أعبد عندموته ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأرق الباقى» وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال : أعنى حال الإجماع ، وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته فى الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع فى المرض إلا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة ، والحديث عندهم محمول على الوصية ، والأمراض التى يحجز فيها عند الجمهور هى الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل الكون بين الصفين ، وقرب الحامل من الوضع ، وراكب البحر المرتج ، وفيه اختلاف . وأما الأرض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير ، وقد تقدم هذا فى كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شىء صح ملكه . واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبى : واختلفوا فى تفضيل الرجل بعض

ولده على بعض فى الهبة ، أو فى هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ؛ وقال أهل الظاهر : لايجوز التفضيل فضلا عن أن يهب بعضهم جميع ماله ؛ وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض : ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اختلف فى ألفاظه ، والحديث أنه قال « إن أباه بشيرًا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا ؟ قال لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فارْتَجِعْهُ » واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ ، قالوا : والارتجاع يقتضى بطلان الهبة : وفى بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام « هَذَا جَوْرٌ » . وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب فى صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإذا كان ذلك للأجنبى فهو للولد أحرى . واحتجوا بحديث أبى بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أعز على فقرًا بعدى منك ، وإنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث . قالوا : وذلك الحديث المراد به الندب ، والدليل على ذلك أن فى بعض رواياته : «ألستَ تُرِيدُ أنْ يَكونُوا لكَ فى البِرِّ واللُّطْفِ سواءً ؟ قال : نعم ، قال : فأشْهِدْ عَلَى هذَا غَيْرِى» . وأما مالك فانه رأى أن النهى عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أحرى أن يحمل على الوجوب ، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله . فسبب الخلاف فى هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى الوارد ، وذلك أن النهى يقتضى عند الأكثر بصيغته التحريم ، كما يقتضى الأمر الوجوب ؛ فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب ، أو خصصه فى بعض الصور كما فعل مالك ، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس ، وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعنى أن

يعدل بلفظ النهى عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهية . وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس فى الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا : بتحريم التفضيل فى الهبة . و اختلفوا من هذا الباب فى جواز هبة المشاع غير المقسوم ، فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور : تصح ؛ وقال أبو حنيفة : لاتصح . وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض فى البيع . وعمدة أبى حنيفة أن القبض فيها لايصح إلا مفردة كالرهن ، ولا خلاف فى المذهب فى جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجملة كل ما لايصح بيعه فى الشرع من جهة الغرر ؛ وقال الشافعى : ماجاز بيعه جازت هبته كالدين ، ومالم يجز بيعه لم تجز هبته ، وكل مالا يصح قبضه عند الشافعى لاتصح هبته كالدين والرهن ، وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع . ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فأشهرها القبض ، أعنى أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط فى صحة العقد أم لا؟ فاتفق الثورى والشافعى وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب ؛ وقال مالك : ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام فى الفور كان له الموهوب . فمالك : القبض عنده فى الهبة من شروط التمام لامن شروط الصحة ، وهو عند الشافعى وأبى حنيفة من شروط الصحة . وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلا ، لامن شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر . وقد روى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها فى المكيل والموزون . فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيهها بالبيع ، وأن الأصل فى العقود أن لاقبض مشترط فى صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض . وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبى بكر رضى الله عنه فى حديث هبته لعائشة المتقدم ، وهو نص فى اشتراط القبض فى صحة الهبة . وما روى مالك عن عمر أيضا أنه قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالى بيدى لم أعطه أحدا ، وإن مات قال هو لابنى قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول

له وأبقاها حتى تكون إن مات اورثته فهي باطلة ، وهو قول على ، قالوا : وهو إجماع من الصحابة ، لأنه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف . وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعا: أعنى القياس وما روى عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه . وجمهور فقهاء الأمصار على أن الأب يجوز لابنه الصغير الذى فى ولاية نظره وللكبير السفيه الذى ما وهبه كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم ، وأنه يكفى فى الحيازة له إشهاده بالهبة والإعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين ؛ والأصل فى ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنا له صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحاته فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها ؛ وقال مالك وأصحابه : لابد من الحيازة فى المسكون والملبوس ، فإن كانت دارا سكن فيها خرج منها ، وكذلك الملبوس إن لبسه بطلت الهبة ، وقالوا فى سائر العروض بمثل قول الفقهاء ، أعنى أنه يكفى فى ذلك إعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك ، فروى عنه أنه لا يجوز إلا أن يخرجه الأب عن يده إلى يد غيره ، وروى عنه أنه يجوز إذا جعلها فى ظرف أو إناء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود . ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصى يقوم فى ذلك مقام الأب . واختلفوا فى الأم ؛ فقال ابن القاسم: لا تقوم مقام الأب ، ورواه عن مالك ؛ وقال غيره من أصحابه: تقوم ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : الجد بمنزلة الأب ، والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم ، والأم عنده تقوم مقام الأب .

القول فى أنواع الهبات

والهبة منها ما هى هبة عين ، ومنها ما هى هبة منفعة : وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ، ومنها ما لا يقصد بها الثواب : والتى يقصد بها الثواب منها ما يقصد

بها وجه الله ، ومنها ما يقصد به وجه المخلوق . فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها ، وإنما اختلفوا في أحكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها ؛ فأجازها مالك وأبو حنيفة ؛ ومنعها الشافعي ، وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لاتجوز . ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ، ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم ؟ فقيل تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل لاتلزمه إلا أن يرضيه ، وهو قول عمر على ماسيأتي بعد ، فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك. وأما إذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد ، وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك ، وخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفقير للغني ، أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب . وأما هبات المنافع فمنها ما هي مؤجلة ، وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له ، وهذه تسمى العمرى ، مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار حياته ، وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال : أحدها أنها هبة مبتوتة : أي أنها هبة للرقبة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة . والقول الثاني أنه ليس للمعمَر فيها إلا المنفعة ، فإذا مات عادت الرقبة للمعمِر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمِر أو إلى ورثته . والقول الثالث أنه إذا قال : هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمِر أو لورثته ، وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للأثر . أما الأثر في ذلك حديثان : أحدهما متفق على صحته ، وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لاتَرْجِعُ إلى الَّذِي أَعْطَاهَا أَبَدًا » لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث . والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر

قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا مَعْشَرَ الأنْصَارِ أمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أمْوَالَكُمْ ولا تُعْمِرُوها فَمَنْ أعْمَرَ شَيْئًا حَيَاتَهُ فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ وَمَمَاتَهُ » وقد روى عن جابر بلفظ آخر « لاتُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا فَمَنْ أعْمَرَ شَيْئًا أوْ أرْقَبَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » فحديث أبى الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر. وحديث مالك عنه مخالف أيضا لشرط المعمر إلا أنه يخيل أنه أقل فى المخالفة ، وذلك أن ذكر العقب يوهم تبتيت العطية ، فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبى الزبير عن جابر ، وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك ؛ وأما من قال إن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب ، ولا تعود إن ذكر ، فإنه أخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبى الزبير عن جابر فمختلف فيه ، أعنى رواية أبى الزبير عن جابر . وأما إذا أتى بلفظ الإسكان فقال : أسكنتك هذه الدار حياتك ، فالجمهور على أن الإسكان عندهم أو الإخدام بخلاف العمرى وإن لفظ بالعقب ، فسوى مالك بين التعمير والإسكان . وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير فى أنها لاتنصرف إلى المسكن أبدا على قول الجمهور فى العمرى . والحق أن الإسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد ، وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفا له إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

القول فى الاحكام

ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب جواز الاعتصار فى الهبة ، وهو الرجوع فيها . فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث دينا أو بالجملة مالم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأم أيضا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيا ، وقد روى عن مالك أنها لاتعتصر ؛ وقال أحمد وأهل الظاهر : لايجوز لأحد أن يعتصر ماوهبه ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذى رحم محرمة عليه . وأجمعوا على أن الهبة التى يراد بها الصدقة أى وجه الله أنه لايجوز لأحد الرجوع فيها . وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض

الآثار ؛ فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « العائِدُ فى هِبَتِهِ كالكَلْبِ يَعُودُ فى قَيْئِهِ » ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أنْ يَرْجِعَ فى هِبَتِهِ إلاَّ الوَالِدُ » وقاس الأم على الوالد ؛ وقال الشافعى : لو اتصل حديث طاوس لقلت به ؛ وقال غيره : قد اتصل من طريق حسين المعلم ، وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار إلا لذوى الرحم المحرمة ، فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها . قالوا وأيضا فإن الأصل أن من وهب شيئا عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كما لو وعد ، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة . وجمهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثها . وفى مرسلات مالك أن رجلا أنصاريا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل ، فسأل عن ذلك النبى عليه الصلاة والسلام فقال : قَدْ أُجِرْتَ فى صَدَقَتِكَ وَخُذْها بِمِيراثِكَ » وخرّج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « كنت قد تصدقت على أمى بوليدة ، وإنها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال صلى الله عليه وسلم : وَجَبَ أجْرُكِ وَرَجَعَتْ إلَيْكِ بالمِيرَاثِ » وقال أهل الظاهر : لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « لا تَشْتَرِهِ فى الفَرَسِ الَّذِى تَصَدَّقَ بِهِ - فإنَّ العائِدَ فى هِبَتِهِ كالكَلْبِ يَعُودُ فى قَيْئِهِ » والحديث متفق على صحته . قال القاضى : والرجوع فى الهبة ليس من محاسن الأخلاق ، والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق ؛ وهذا القدر كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين القسم الأول : النظر فى الأركان . والثانى : فى الأحكام . ونحن إنما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

القول فى الأركان

والأركان أربعة : الموصِى ، والموصَى له ، والموصَى به ، والوصية . أما الموصى فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية السفيه والصبى الذى يعقل القرب ؛ وقال أبوحنيفة لاتجوز وصية الصبى الذى لم يبلغ ، وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم . وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لاتجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام « لاوَصيَّةَ لوَارِثٍ » واختلفوا هل تجوز لغير القرابة ؟ فقال جمهور العلماء : إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهية ، وقال الحسن وطاوس : ترد الوصية على القرابة ، وبه قال إسحق ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى ـ الوَصيَّةُ للوَالِديْنِ والأقْرَبِينَ ـ والألف واللام تقتضى الحصر . واحتج الجمهور بحديث عمران بن حصين المشهور وهو « أن رجلا أعتق ستة أعبد له فى مرضه عند موته لامال له غيرهم ، فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » والعبيد غير القرابة . وأجمعوا ـ كما قلنا ـ أنها لاتجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة . واختلفوا ـ كما قلنا ـ إذا أجازتها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزنى : لاتجوز . وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة ؟ فمن قال عبادة قال : لاتجوز وإن أجازها الورثة ؛ ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها إذا أجازها الورثة ؛ وتردد هذا الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث» هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول ؟ واختلفوا فى الوصية للميت ، فقال قوم : تبطل بموت الموصى له ، وهم الجمهور ؛ وقال قوم : لاتبطل وفى الوصية للقاتل

خطأ وعمداً وفى هذا الباب فرع مشهور ، وهو إذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا فى ذلك بعد موته ؟ فقيل لهم ، وقيل ليس لهم ، وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة فى عيال الميت أولا يكونوا ، أعنى أنهم إن كانوا فى عياله كان لهم الرجوع ، والثلاثة الأقوال فى المذهب .

القول فى الموصى به والنظر فى جنسه وقدره

أما جنسه فإنهم اتفقوا على جواز الوصية فى الرقاب ، واختلفوا فى المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز ؛ وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة . وعمدة الجمهور أن المنافع فى معنى الأموال . وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث ، لأن الميت لاملك له فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره ، وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر . وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لاتجوز الوصية فى أكثر من الثلث لمن ترك ورثة . واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفى القدر المستحب منها ، هل هو الثلث أو دونه ؟ وإنما صار الجميع إلى أن الوصية لاتجوز فى أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم « أنه عاد سعد بن أبى وقاص فقال له يا رسول الله : قد بلغ منى الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى ، أفأتصدق بثلثى مالى ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، فقال له سعد : فالشطر؟ قال : لا ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ إنَّكَ أنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ خَيْرٌ مِنْ أنْ تَذَرَهُمْ عالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لاتجوز بأكثر من الثلث ، واختلفوا فى المستحب من ذلك ، فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث ، لقوله عليه الصلاة والسلام فى هذا الحديث « والثلث كثير » وقال بهذا كثير من السلف . قال قتادة : أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب إلى . وأما من ذهب إلى أن المستحب هو الثلث فإنهم اعتمدوا على ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنَّ اللهَ جَعَلَ لَكُمْ فى الوَصِيَّةِ ثُلُثَ أمْوَالِكُمْ

زيادة في أعمالكم » وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث . وثبت عن ابن عباس أنه قال : لوغض الناس فى الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلى ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الثلث والثلث كثير » . وأما اختلافهم فى جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لاوارث له ، فإن مالكا لايجيز ذلك والأوزاعى ، واختلف فيه قول أحمد ، وأجاز ذلك أبوحنيفة وإسحق ، وهو قول ابن مسعود . وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى علله بها الشارع أم ليس بخاص ، وهو أن لايترك ورثته عالة يتكففون الناس . كما قال عليه الصلاة والسلام « إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » فمن جعل هذا السبب خاصا وجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ؛ ومن جعل الحكم عبادة وإن كان قد علل بعلة ، أو جعل جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة قال : لاتجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث .

القول فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية

والوصية بالجملة هى هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به ، وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعنى أن للموصى أن يرجع فيما أوصى به ، إلا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ما سيأتى فى كتاب التدبير ، وأجمعوا على أنه لايجب للموصى له إلا بعد موت الموصى . واختلفوا فى قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصى له إياها شرط فى صحة الوصية ؛ وروى عن الشافعى أنه ليس القبول شرطا فى صحتها ، ومالك شبهها بالهبة .

القول فى الأحكام

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكمية . فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم فى حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به فى ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذى عين أكثر من الثلث ، فقال مالك : الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه

الثلث من جميع مال الميت ؛ وخالفه فى ذلك أبوحنيفة والشافعى وأبوثور وأحمد وداود .. وعمدتهم أن للوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله إياها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية . وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى أبوعمر بن عبد البر فى هذه المسئلة ، وذلك أنه قال : إذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا ، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشىء الموصى به وكان شريكا للورثة ، وإن كان الثلث فأقل جبروا على إخراجه ، وإذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشىء الموصى به هو فوق الثلث ، فعند مالك أن الورثة مخيرون بين أن يدفعوا إليه ماوصى له به ، أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت ، إما فى ذلك الشىء بعينه ، وإما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى : له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ماترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث. وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى فى أن جعل وصيته فى شىء بعينه ، فهل الأعدل فى حق الورثة أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يفرجوا له إلى غاية ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا ، وهذا هو الأولى إذا قلنا إن التعدى هو فى التعيين لكونه أكثر من الثلث ، أعنى أن الواجب أن يسقط التعيين . وإما أن يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها وإذا وصى بها فهل هى من الثلث ، أو من رأس المال ؟ فقال مالك : إذا لم يوص بها لم يلزمه الورثة إخراجها ، وقال الشافعى : يلزم الورثة إخراجها من رأس المال ، وإذا وصى بها ؛ فعند مالك يلزم الورثة إخراجها وهى عنده من الثلث ، وهى عند الشافعى فى الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى » وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ، ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ، ولا خلاف أنه لو أخرجها فى الحياة أنها من رأس المال ولو كان فى السياق ، وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة ، أعنى فى توصيته بإخراجها ، قال : ولو أجيز هذا لجاز

للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره إذا دنا من الموت وصى بها فإذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ماهو أضعف منها ؛ وقال أبو حنيفة : هى وسائر الوصايا سواء ، يريد فى الحاصة . واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التى يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتحاص فى الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم . واختلفوا فى الترتيب على ما هو مسطور فى كتبهم . ومن مسائلهم الحسابية المشهورة فى هذا الباب إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد للورثة الزائد ، فعند مالك والشافعى أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا ؛ وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية . وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به فى القسمة كما يسقط فى نفسه بإسقاط الورثة ؟ فمن قال يبطل فى نفسه ولا يبطل الاعتبار به فى القسمة إذ كان مشاعا قال : يقتسمون المال أخماسا ؛ ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال : يقتسمون الباقى على السواء . ومن مسائلهم اللفظية فى هذا الباب إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به ، فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم ، وعند الشافعى تكون فى المالين . وسبب الخلاف هل اسم المال الذى نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم ، أو ما علم فقط ؟ والمشهور عن مالك أن المدبر يكون فى المالين إذا لم يخرج من المال الذى يعلم . وفى هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ، ولا خلاف بينهم أن للرجل أن يوصى بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التى للإمام أن يوصى بها .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الفرائض

والنظر فى هذا الكتاب ، فيمن يرث ؛ وفيمن لا يرث . ومن يرث هل يرث دائما ، أو مع وارث دون وارث ؛ وإذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك إذا ورث وحده كم يرث ؟ وإذا ورث مع وارث ، فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف ؟ . والتعليم فى هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض ، والسبيل الحاضرة فى ذلك بأن يذكر حكم

جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية ، مثال ذلك أن ينظر إلى الولد إذا انفرد كم ميراثه ، ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فأما الأجناس الوارثة فهى ثلاثة : ذو نسب وأصهار ، وموالى . فأما ذوو النسب ، فمنها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها . فأما المتفق عليها فهى الفروع : أعنى الأولاد ، والأصول : أعنى الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو إناثا ، وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الأصل الأدنى : أعنى الإخوة ذكورا أو إناثا ، أو المشاركة الأدنى أو الأبعد فى أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام ، وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط ، وهؤلاء إذا نصاوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة ؛ أما الرجال : فالابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أبو الأب وإن علا والأخ من أى جهة كان : أعنى للأم والأب أو لأحدهما وابن الأخ وإن سفل والعم وابن العم وإن سفل والزوج ومولى النعمة . وأما النساء : فالابنة وابنة الابن وإن سفلت والأم والجدة وإن علت والأخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام ، وهم من لا فرض لهم فى كتاب الله ولا هم عصبة ، وهم بالجملة بنو البنات وبنات الإخوة وبنو الأخوات وبنات الأعمام والعم أخو الأب للأم فقط وبنو الإخوة للأم والعمات والخالات والأخوال ؛ فذهب مالك والشافعى وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لا ميراث لهم ؛ وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة العلماء من سائر الآفاق إلى توريثهم . والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا فى صفة توريثهم ؛ فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى توريثهم على ترتيب العصبات ، وذهب سائر من ورثهم إلى التنزيل ، وهو أن ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به . وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شىء إلا بكتاب أو سنة ثابتة أو إجماع ، وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية ، فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى ـ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ ـ وقوله تعالى ـ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ـ واسم القرابة ينطلق على ذوى الأرحام ، ويرى

المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث . وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اللهُ وَرَسُولُهُ مَوْلى مَنْ لامَوْلى لَهُ ، والخالُ وَارِثُ مَنْ لا وَارِثَ لَهُ » . وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبى حنيفة قالوا : إن ذوى الأرحام أولى من المسلمين لأنهم قد اجتمع لهم سببان : القرابة والإسلام ، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب ، أعنى أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبو زيد ومتأخرو أصحابه فشبهوا الإرث بالولاية وقالوا : لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوى الأرحام وجب أن يكون لهم ولاية الإرث ، وللفريق الأول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف. وإذ قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ، ونذكر من ذلك مايجرى مجرى الأصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .

(ميراث الصلب) وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم إن كانوا ذكورا وإناثا معا هو أن للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وأن الابن الواحد إذا انفرد فله جميع المال ، وأن البنات إذا انفردن فكانت واحدة أن لها النصف ، وإن كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان . واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور إلى أن لهما الثلثين ، وروى عن ابن عباس أنه قال : للبنتين النصف . والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى ـ فإنْ كُنَّ نِساءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا ما تَرَكَ ـ هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ؟ والأظهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقان بحكم الواحدة ؛ وقد قيل إن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبدالله وعن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين » قال فيما أحسب أبو عمر ابن عبد البر وعبد الله بن عقيل : قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون . وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى ـ يُوصِيكُمُ اللهُ فى أوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ـ إلى قوله ـ وإنْ كانَتْ واحِدَةً فَلَها النِّصْفُ ـ وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد

البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون ، إلا شيء روى عن مجاهد أنه قال : ولد الابن لايحجبون الزوج من النصف إلى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع إلى الثمن ، ولا الأم من الثلث إلى السدس . وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب إذا استكمل بنات المتوفى الثلثين . واختلفوا إذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهن أو أبعد منهن ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : إنه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة . وذهب أبو ثور وداود أنه إذا استكمل البنات الثلثين أن الباقى لابن الابن دون بنات الابن كن فى مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه . وكان ابن مسعود يقول فى هذه ـ للذكر مثل حظ الأنثيين ـ إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا تعطى إلا السدس . وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى ـ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ـ وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى ، وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من فى درجته فى جملة المال فواجب أن يعصب فى الفاضل من المال . وعمدة داود وأبى ثور حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اقْسِمُوا المَالَ بَيْنَ أهْلِ الفَرائِضِ عَلَى كِتابِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ ، فَمَا أبْقَتِ الفَرائِضُ فَلِأوْلَى رجُلٍ ذكَرٍ » ومن طريق المعنى أيضا أن بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان أحرى أن لاترث مع غيرها ؛ وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر فى الترجيح . وأما قول ابن مسعود فمبنىّ على أصله فى أن بنات الابن لما كُنّ لايرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد ، وهى حجة قريبة من حجة داود ، والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان فى درجتهن أو أطرف منهن . وشذ بعض المتأخرين فقال : لايعصبهن إلا إذا كان فى مرتبتهن ؛ وجمهور العلماء على أنه إذا ترك المتوفى بنتا لصلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر أن لبنات الابن السدس تكملة الثلثين ، وخالفت الشيعة فى ذلك فقالت : لاترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال فى ابن الابن مع

الابن ، فالاختلاف فى بنات الابن فى موضعين : مع بنى الابن ، ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف . فالمتحصل فيهن إذا كن مع بنى الابن أنه قيل يرثن ، وقيل لا يرثن ؛ وإذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيبا مطلقا ، وقيل يرثن تعصيبا إلا أن يكون أكثر من السدس ؛ وإذا قيل يرثن فقيل أيضا إذا كان ابن الابن فى درجتهن وقيل كيفما كان ، والمتحصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف إلى تكملة الثلثين قيل يرثن ، وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات) وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكرا كان الولد أو أنثى ، إلا ما ذكرنا عن مجاهد ، وأنها إن تركت ولدا فله الربع ، وأن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولدا ولا ولد ابن الربع ، فإن ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن ، وأنه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن إلا الولد ، وهذا لورود النص فى قوله تعالى ـ وَلَكُمْ نِصْفُ ما تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ـ الآية :

(ميراث الأب والأم) وأجمع العلماء على أن الأب إذا انفرد كان له جميع المال ، وأنه إذا انفرد الأبوان كان للأم الثلث وللأب الباقى لقوله تعالى ـ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ـ وأجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان ، أعنى أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى ـ ولِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ـ والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الأنثى وخالفهم فى ذلك من شذ ؛ وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد ؛ وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم يحجبها الإخوة من الثلث إلى السدس لقوله تعالى ـ فإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ـ . واختلفوا فى أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الإخوة ، فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود إلى أن الإخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا ، وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعدا ، وأن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ، والخلاف آيل إلى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ؛ فمن

قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال: الإخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ؛ ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال : الإخوة الحاجبون هما اثنان أعنى فى قوله تعالى ـ فإن كان له إخوة ـ ولا خلاف أن الذكر والأنثى يدخلان تحت اسم الإخوة فى الآية وذلك عند الجمهور . وقال بعض المتأخرين لاأنقل الأم من الثلث إلى السدس بالأخوات المنفردات ، لأنه زعم أنه ليس ينطلق عليهن اسم الإخوة إلا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث ، إذ اسم الإخوة هو جمع أخ ، والأخ مذكر . واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الأم بالإخوة ، وذلك إذا ترك المتوفى أبوين وإخوة ، فقال الجمهور : ذلك السدس للأب مع الأربعة الأسداس . وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للإخوة الذين حجبوا ، وللأب الثلثان لأنه ليس فى الأصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب إلا الإخوة مع الآباء ، وضعف قوم الإسناد بذلك عن ابن عباس ، وقول ابن عباس هو القياس . واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالغرّاوين ، وهى فيمن ترك زوجة وأبوين ، أو زوجا وأبوين ؛ فقال الجمهور : فى الأولى للزوجة الربع ، وللأم ثلث ما بقى ، وهو الربع من رأس المال ، وللأب ما بقى وهو النصف ، وقالوا فى الثانية : للزوج النصف وللأم ثلث ما بقى وهو السدس من رأس المال ، وللأب ما بقى وهو السدسان ، وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه . وقال ابن عباس فى الأولى : للزوجة الربع من رأس المال ، وللأم الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض ، وللأب ما بقى لأنه عاصب ؛ وقال أيضا فى الثانية : للزوج النصف ، و للأم الثلث لأنها ذات فرض مسمى ، وللأب ما بقى ، وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة . وعمدة الجمهور أن الأب والأم لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب الباقى ، وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال ، كأنهم رأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجا عن الأصول . وعمدة الفريق الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب ، والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض ، بل يقل ويكثر ، وما عليه الجمهور من طريق

التعليل أظهر، وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر ، وأعنى بالتعليل ههنا أن يكون أحق سببى الإنسان أولى بالإيثار : أعنى الأب من الأم .

(ميراث الإخوة للأم) وأجمع العلماء على أن الإخوة للأم إذا انفرد الواحد منهم أن له السدس ذكرا كان أو أنثى وأنهم إن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية ، للذكر منهم مثل حظ الأنثى سواء . وأجمعوا على أنهم لايرثون مع أربعة : وهم الأب والجد أبو الأب وإن علا ، والبنون ذكرانهم وإناثهم ، وبنو البنين وإن سفلوا ذكرانهم وإناثهم ، وهذا كله لقوله تعالى ـ وإنْ كانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أوْ امْرَأةٌ وَلَهُ أخٌ أوْ أُخْتٌ ـ الآية ، وذلك أن الإجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الإخوة للأم فقط ، وقد قرئ « وله أخ أو أخت من أمه » وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلالة هى فقد الأصناف الأربعة التى ذكرنا من النسب : أعنى الآباء والأجداد والبنين وبنى البنين .

(ميراث الإخوة للأب والأم أو للأب) وأجمع العلماء على أن الإخوة للأب والأم أو للأب فقط يرثون فى الكلالة أيضا . أما الأخت إذا انفردت فإن لها النصف وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان ، ، كالحال فى البنات ، وأنهم إن كانوا ذكورا وإناثا فللذكر مثل حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات ، وهذا لقوله تعالى ـ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فى الكَلالَةِ ـ إلا أنهم اختلفوا فى معنى الكلالة ههنا فى أشياء واتفقوا منها فى أشياء يأتى ذكرها إن شاء الله تعالى ؛ فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم ذكرانا كانوا أو إناثا أنهم لايرثون مع الولد الذكر شيئا ، ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيئا . واختلفوا فيما سوى ذلك ؛ فمنها أنها اختلفوا فى ميراث الإخوة للأب والأم مع البنت أو البنات ، فذهب الجمهور إلى أنهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات ؛ وذهب داود بن على الظاهرى وطائفة إلى أن الأخت لاترث مع البنت شيئا . وعمدة الجمهور فى هذا الحديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى ابنة وابنة ابن وأخت « إنَّ للبِنْتِ النِّصْفَ وَلابْنَةِ الابْنِ السُّدُسَ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ وَمَا بَقِى فَلِلأُخْتِ» .

وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الإخوة مع البنات ، فكذلك الأخوات . وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى - إنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ - فلم يجعل للأخت شيئا إلا مع عدم الولد ، والجمهور حملوا اسم الولد ههنا على الذكور دون الإناث . وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم يحجبون الإخوة للأب عن الميراث قياسا على بنى الأبناء مع بنى الصلب . قال أبو عمر : وقد روى ذلك فى حديث حسن من رواية الآحاد العدول . عن على رضى الله عنه قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات » وأجمع العلماء على أن الأخوات للأب والأم إذا استكملن الثلثين فإنه ليس للأخوات للأب معهن شيء كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب ، وأنه إن كانت الأخت للأب والأم واحدة فالأخوات للأب ما كن بقية الثلثين وهو السدس . واختلفوا إذا كان مع الأخوات للأب ذكر ، فقال الجمهور : يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب ؛ واشترط مالك أن يكون فى درجتهن ؛ وقال ابن مسعود : إذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين فالباقى للذكور من الإخوة للأب دون الإناث ، وبه قال أبو ثور ؛ وخالفه داود فى هذه المسئلة ، مع موافقته له فى مسئلة بنات الصلب وبنى البنين ، فإن لم يستكملن الثلثين ، فللذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الأنثيين ، إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال فى بنت الصلب مع بنى الابن . وأدلة الفريقين فى هذه المسئلة هى تلك الأدلة بأعيانها . وأجمعوا على أن الإخوة للأب يقومون مقام الإخوة للأب والأم عند فقدهم ، كالحال فى بنى البنين مع البنين ، وأنه إذا كان معهن ذكر عصبهن ، بأن يبدأ بمن له فرض مسمى ، ثم يرثون الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين كالحال فى البنين إلا فى موضع واحد وهى الفريضة التى تعرف بالمشركة ، فإن العلماء اختلفوا فيها ، وهى امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها ، فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة للأم الثلث ، فيستغرقون المال فيبقى الإخوة للأب والأم بلا شيء ؛ فكانوا يشركون الإخوة للأب والأم

فى الثلث مع الإخوة للأم يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين : وبالتشريك قال من فقهاء الأمصار مالك والشافعى والثورى . وكان على رضى الله عنه وأبى بن كعب وأبو موسى الأشعرى لايشركون إخوة الأب والأم فى الثلث مع إخوة الأم فى هذه الفريضة ، ولا يوجبون لهم شيئا فيها ، وقال به من فقهاء الأمصار : أبو حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة . وحجة الفريق الأول أن الإخوة للأب والأم يشاركون الإخوة للأم فى السبب الذى به يستوجبون الإرث وهى الأم فوجب أن لاينفردوا به دونهم ، لأنه إذا اشتركوا فى السبب الذى به يورثون وجب أن يشتركوا فى الميراث : وحجة الفريق الثانى أن الإخوة الشقائق عصبة ، فلا شىء لهم إذا أحاطت فرائض ذوى السهام بالميراث . وعمدتهم باتفاق الجميع على أن من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لأم وإخوة شقائق عشرة أو أكثر أن الأخ للأم يستحق ههنا السدس كاملا ، والسدس الباقى بين الباقين مع أنهم مشاركون له فى الأم . فسبب الاختلاف فى أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الألفاظ فيما فيه نص .

(ميراث الجد) وأجمع العلماء على أن الأب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض : واختلفوا هل يقوم مقام الأب فى حجب الإخوة الشقائق ، أو حجب الإخوة للأب ؟ فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة إلى أنه يحجبهم ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعى وداود وجماعة . واتفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الإخوة مع الجد ، إلا أنهم اختلفوا فى كيفية ذلك على ما أقوله بعد ، وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاقهما فى المعنى ، أعنى من قبل أن كليهما أب للميت ، ومن اتفاقهما فى كثير من الأحكام التى أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى إنه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : أما يتقى الله زيد ابن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أبا : وقد أجمعوا على أنه مثله فى أحكام أخر سوى الفروض ، منها أن شهادته لحفيده كشهادة الأب وأن الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن ، وأنه لايقتص له من

جد كما لايتصل له من أب . وعمدة من ورّث الأخ مع الجد أن الأخ أقرب إلى الميت من الجد ، لأن الجد أبوأبي الميت ، والأخ ابن أبي الميت ، والابن أقرب من الأب . وأيضا فما أجمعوا عليه من أن ابن الأخ يقدم على العم ، وهو يدلى بالأب ، والعم يدلى بالجد . فسبب الخلاف تعارض القياس فى هذا الباب . فإن قيل : فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى ؟ قلنا : قياس من ساوى بين الأب والجد ، فإن الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن فى المرتبة الثانية أو الثالثة ، وإذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الإخوة فالجد يجب أن يحجب من يحجب الابن ، والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وإنما هو مشارك له فى الأصل ، والأصل أحق بالشىء من المشارك له فى الأصل ، والجد ليس هو أصلا للميت من قبل الأب بل هو أصل أصله ، والأخ يرث من قبل أنه فرع لأصل الميت ، فالذى هو أصل لأصله أولى من الذى هو فرع لأصله ، ولذلك لامعنى لقول من قال إن الأخ يدلى بالبنوة ، والجد يدلى بالأبوة ، فإن الأخ ليس ابنا للميت وإنما هو ابن أبيه ، والجد أبو الميت ، والبنوة إنما هى أقوى فى الميراث من الأبوة فى الشخص الواحد بعينه أعنى الموروث ، وأما البنوة التى تكون لأب موروث ، فليس يلزم أن تكون فى حق الموروث أقوى من الأبوة التى تكون لأب الموروث ، لأن الأبوة التى لأب الموروث هى أبوة ما للموروث : أعنى بعيدة ، وليس البنوة التى لأب الموروث بنوة ما للموروث لاقريبة ولابعيدة ، فمن قال الأخ أحق من الجد ، لأن الأخ يدلى بالشىء الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجد يدلى بالأبوة هو قول غالط مخيل ، لأن الجد أب مـّا ، وليس الأخ ابنا ما . وبالجملة الأخ لاحق من لواحق الميت ، وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبابه ، والسبب أملك للشىء من لاحقه . واختلف الذين ورثوا الجد مع الإخوة فى كيفية ذلك : فتحصيل مذهب زيد فى ذلك أنه لايخلو أن يكون معه سوى الإخوة ذو فرض مسمى أو لايكون ، فإن لم يكن معه ذوفرض مسمى أعطى الأفضل له من اثنين ، إما ثلث المال ، وإما أن يكون كواحد من الإخوة الذكور ، وسواء كان الإخوة ذكرانا أو إناثا أو الأمرين جميعا فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال ، وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والأربعة

يأخذ الثلث ، وهو مع الأخت الواحدة إلى الأربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الأنثيين ، ومع الخمس أخوات له الثلث ، لأنه أفضل له من المقاسمة ، فهذه هي حاله مع الإخوة فقط دون غيرهم . وأما إن كان معهم ذو فرض مسمى فإنه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم ، فما بقي أعطى الأفضل له من ثلاث : إما ثلث ما بقي بعد حظوظ ذوي الفرائض ، وإما أن يكون بمنزلة ذكر من الإخوة ، وإما أن يعطى السدس من رأس المال لاينقص منه ، ثم ما بقي يكون للإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين في الأكدرية على ماسنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء . وأما علي رضي الله عنه فكان يعطي الجد الأحظى له من السدس أو المقاسمة ، وسواء كان مع الجد والإخوة غيرهم من ذوي الفرائض أولم يكن ، وإنما لم ينقصه من السدس شيئا ، لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لاينقصونه منه شيئا كان أحرى أن لاينقصه الإخوة . وعمدة قول زيد أنه لما كان يحجب الإخوة للأم فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثلث ، وبقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة ، وبقول علي رضي الله عنه قال أبو حنيفة .

وأما الفريضة التي تعرف بالأكدرية وهي امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فإن العلماء اختلفوا فيها ، فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس ، وذلك على جهة العول . وكان علي بن أبي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة ، إلا أن زيدا يجمع سهم الأخت والجد ، فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد ، وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة ، وبقول زيد قال مالك ؛ وقيل إنما سميت الأكدرية لتكدر قول زيد فيها ، وهذا كله على مذهب من يرى العول ، وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار ، إلا ابن عباس فإنه روي عنه أنه قال : أعال الفرائض عمر بن الخطاب ، وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة ، قيل له : وأيها قدم الله ، وأيها أخر الله ؟ قال : كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها إلا إلى فريضة أخرى فهي ما قدم الله ، وكل فريضة إذا زالت عن فرضها لم يكن لها إلا ما بقي فتلك التي أخر الله.

فالأول مثل الزوجة والأم ، والمتأخر مثل الأخوات والبنات ، قال : فإذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله ، فإن بقى شيء فلمن أخر الله ، وإلا فلا شيء له ، قيل له : فهلا قلت هذا القول لعمر : قال : هبته . وذهب زيد إلى أنه إذا كان مع الجد والإخوة الشقائق إخوة لأب ، أن الإخوة الشقائق يعادون الجد بالإخوة للأب ، فيمنعونه بهم كثرة الميراث ، ولا يرثون مع الإخوة الشقائق شيئا إلا أن يكون الشقائق أختا واحدة ، فإنها تعادي الجد بأخوتها للأب ما بينهما [1] وبين أن تستكمل فريضتها وهى النصف ، وإن كان فيما يحاز لها ولإخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله ، فهو لإخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم ، فأما على رضى الله عنه فكان لايلتفت هنا للإخوة للأب للإجماع ، على أن الإخوة الشقائق يحجبونهم ، ولأن هذا الفعل أيضا مخالف الأصول ، أعنى أن يحتسب بمن لايرث ، واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب فى الفريضة التى تدعى الخرقاء ، وهى أم وأخت وجد على خمسة أقوال . فذهب أبوبكر رضى الله عنه وابن عباس إلى أن للأم الثلث والباقى للجد وحجبوا به الأخت ، وهذا على رأيهم فى إقامة الجد مقام الأب . وذهب على رضى الله عنه إلى أن للأم الثلث وللأخت النصف وما بقى للجد . وذهب عثمان إلى أن للأم الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث ، وذهب ابن مسعود إلى أن للأخت النصف وللجد الثلث وللأم السدس ، وكان يقول معاذ الله أن أفضل أما على جد . وذهب زيد إلى أن للأم الثلث وما بقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ميراث الجدات) وأجمعوا على أن للجدة أم الأم السدس مع عدم الأم ، وأن للجدة أيضا أم الأب عند فقد الأب السدس ، فإن اجتمعا كان السدس بينهما . واختلفوا فيما سوى ذلك ؛ فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن الجدة أم الأم يفرض لها السدس فريضة ، فإذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما إذا كان قعددهما سواء ، أو كانت أم الأب أقعد ، فإن كانت أم الأم أقعد : أى أقرب إلى الميت كان لها السدس ، ولم يكن للجدة أم الأب شيء ، وقد روى عنه

---

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، ولينظر ما معناها اه مصححه .

أيهما أقعد كان لها السدس ، وبه قال على رضى الله عنه ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثورى وأبو ثور ، وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجدتين المجتمع على توريثهما ، وكان الأوزاعى وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب أم الأب وأم أبى الأب : أعنى الجد ، وكان ابن مسعود يورّث أربع جدات : أم الأم وأم الأب وأم أبى الأب : أعنى الجد وأم أبى الأم : أعنى الجد ، وبه قال الحسن وابن سيرين : وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها . وقد روى عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا إذا كانتا من جهة واحدة . وروى عن ابن عباس أن الجدة كالأم إذا لم تكن أم ، وهو شاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس . فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعى ، ومن قال بمذهب زيد مارواه مالك أنه قال « جاءت الجدة إلى أبى بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها ، فقال أبو بكر : مالك فى كتاب الله عز وجل شىء وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعى حتى أسأل الناس ، فقال له المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقال : محمد بن مسلمة ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه أبو بكر لها ، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر ابن الخطاب تسأله ميراثها ، فقال لها : ما لك فى كتاب الله عز وجل شىء ، وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك ، وما أنا بزائد فى الفرائض ، ولكنه ذلك السدس ، فإن اجتمعتما فيه فهو لكما ، وأيتكما انفردت به فهو لها » وروى مالك أيضا أنه أتت الجدتان إلى أبى بكر ، فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الأم ، فقال له رجل : أما إنك تترك التى لو ماتت وهو حى كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما . قالوا : فواجب أن لا يتعدى فى هذا هذه السنة وإجماع الصحابة . وأما عمدة من ورّث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم « أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات : اثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم » وأما ابن مسعود فعمدته القياس فى تشبيهها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه . واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها وهو الأب ؟ فذهب زيد إلى أنه

يحجب ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود ؛ وقال آخرون : ترث الجدة مع ابنها ، وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة ، وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد ، وهو قول الفقهاء المصريين . وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوبا بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك . وأيضا فلما كانت أم الأم لاترث بإجماع مع الأم شيئا كان كذلك أم الأب مع الأب . وعمدة الفريق الثانى ماروى الشعبى عن مسروق عن عبد الله قال : أول جدة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا جدة مع ابنها وابنها حى قالوا : ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لايحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات ، وينبغى أن يعلم أن مالكا لايخالف زيدا إلا فى فريضة واحدة ، وهى امرأة هلكت وتركت زوجا وأما وإخوة لأم وإخوة لأب وأم وجدا ، فقال مالك : للزوج النصف ، وللأم السدس وللجد ما بقى وهو الثلث ، وليس للإخوة الشقائق شىء ؛ وقال زيد : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، وما بقى للإخوة الشقائق ، فخالف مالك فى هذه المسئلة أصله من أن الجد لايحجب الإخوة الشقائق ولا الإخوات للأب . وحجته أنه لما حجب الإخوة للأم عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله فى أنه لايحجبهم .

باب فى الحجب

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب يحجب بنى الأخ الشقيق ، وأن بنى الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب ، وبنو الأخ للأب أولى من بنى ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى من العم أخى الأب ، وابن العم أخى الأب الشقيق أولى من ابن العم أخى الأب للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ، ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف . وبالجملة ، أما الإخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد ، فإذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الأب فقط ؛ وكذلك الأعمام الأقرب منه يحجب الأبعد ، فإن

استووا حجب منهم من يدلى منهم إلى الميت بسببين من يدلى بسبب واحد ، أعنى أنه يحجب العم أخو الأب لأب وابن العم الذى هو أخو الأب لأب فقط . وأجمعوا على أن الإخوة الشقائق والإخوة للأب يحجبون الأعمام ، لأن الإخوة بنو أب المتوفى ، والأعمام بنو جده ، والأبناء يحجبون بنيهم ، والآباء أجدادهم ، والبنون وبنوهم يحجبون الإخوة ، والجد يحجب من فوقه من الأجداد بإجماع ، والأب يحجب الإخوة ويحجب من تحجبه الإخوة ، والجد يحجب الأعمام بإجماع والإخوة للأم ، ويحجب بنو الإخوة الشقائق وبنى الإخوة للأب ، والبنات وبنات البنين يحجبن الإخوة للأم . واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم أحدهما أخ للأم ، فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى : للأخ للأم السدس من جهة ما هو أخ لأم وهو فى باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء ، وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس ؛ وقال قوم : المال كله لابن العم الذى هو أخ لأم يأخذ سدسه بالأخوة وبقيته بالتعصيب ، لأنه قد أدلى بسببين . وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ، ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى ، وهو قول الحسن وعطاء. واختلف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض إذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب ، فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى ؛ وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ما عدا الزوج والزوجة وإن كانوا اختلفوا فى كيفية ذلك ، وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين . وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم ، فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقى ، وهكذا فى جزء جزء . وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط : أى أن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد . وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب المواريث يجب أن نذكرها هنا ، فمنها أنه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى - وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً - ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكافِرَ ، ولا الكافِرُ الْمُسْلِمَ » واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر ، وفى ميراث المسلم المرتد ، فذهب جمهور

العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى أنه لايرث المسلم الكافر بهذا الأثر الثابت ؛ وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد ابن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر ، وشبهوا ذلك بنسائهم ، فقالوا : كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الإرث ، ورووا فى ذلك حديثا مسندا ، قال أبو عمر : وليس بالقوىّ عند الجمهور ، وشبهوه أيضا بالقصاص فى الدماء التى لاتتكافأ .
وأما مال المرتد إذا قتل أو مات ، فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته ، وبه قال مالك والشافعى وهو قول زيد من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما . وعمدة الفريق الأول عموم الحديث ، وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس ، وقياسهم فى ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لأنهم يدلون بسببين : بالإسلام والقرابة ، والمسلمون بسبب واحد ، وهو الإسلام ، وربما أكدوا بما يبقى لما له من حكم الإسلام بدليل أنه لايؤخذ فى الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة فى بقاء ماله على ملكه ، وذلك لايكون إلا بأن يكون لماله حرمة إسلامية ، والملك لم يجز أن يقرّ على الارتداد ، بخلاف الكافر . وقال الشافعى وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة إذا تاب من الردة فى أيام الردة ، والطائفة الأخرى تقول : يوقف ماله لأن له حرمة إسلامية ، وإنما وقف رجاء أن يعود إلى الإسلام ، وأن استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الإرث وشذت طائفة فقالت : ماله للمسلمين عند مايرتد ، وأظن أن أشهب ممن يقول بذلك . وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا . واختلفوا فى توريث الملل المختلفة ، فذهب مالك وجماعة إلى أن أهل الملل المختلفة لايتوارثون كاليهود والنصارى ، وبه قال أحمد وجماعة ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور والثورى وداود وغيرهم : الكفار كلهم يتوارثون ، وكان شريح وابن أبى ليلى وجماعة يجعلون الملل التى لاتتوارث ثلاثا : النصارى واليهود والصابئين ملة ، والمجوس ومن لاكتاب له ملة ، والإسلام ملة . وقد روى عن ابن أبى ليلى مثل قول مالك . وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب

عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لايتوارث أهل ملتين » . وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام « لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب أن المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر . والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا .

واختلفوا فى توريث الحملاء ، والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك إلى بلاد الإسلام ، أعنى أنهم يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون إلى بلاد الإسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب ، وذلك على ثلاثة أقوال : قول إنهم يتوارثون بما يدعون من النسب ، وهو قول جماعة من التابعين وإليه ذهب إسحاق . وقول إنهم لايتوارثون إلا ببينة تشهد على أنسابهم ، وبه قال شريح والحسن وجماعة . وقول إنهم لايتوارثون أصلا وروى عن عمر الثلاثة الأقوال ، إلا أن الأشهر عنه أنه كان لايورث إلا من ولد فى بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز . وأما مالك وأصحابه فاختلف فى ذلك قولهم ، فنهم من رأى أن لايورثون إلا ببينة ، وهو قول ابن القاسم : ومنهم من رأى أن لايورثون أصلا ولا بالبينة العادلة ؛ وممن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون ، وروى ابن القاسم عن مالك فى أهل حصن نزلوا على حكم الإسلام ، فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون ، وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة ، لأن مالكا لايجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال : فأما إن سبوا فلا يقبل قولهم فى ذلك وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور ، وذلك أنهم قالوا : إن خرجوا إلى بلاد الإسلام وليس لأحد عليهم يد قبلت دعواهم فى أنسابهم ، وأما إن أدركهم السبي والرق فلا يقبل قولهم إلا ببينة . فى المسئلة أربعة أقوال : اثنان طرفان، واثنان مفرقان . وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة على وزيد وعمر أن من لايرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمدا ، وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعنى بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمدا ، وبه قال داود وأبو ثور . وعمدة الجمهور أن الحجب فى معنى الإرث وأنهما متلازمان . وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لايرتفع إلا بالموت.

واختلف العلماء فى الذين يفقدون فى حرب أو غرق أو هدم ولايدرى من

مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون إذا كانوا أهل ميراث ؟ فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لايورث بعضهم من بعض ، وأن ميراثهم جميعا لمن بقى من قرابتهم الوارثين أولبيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى . وذهب على وعمر رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنه وجمهور البصريين إلى أنهم يتوارثون ، وصفة توريثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه فى أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض ، أعنى أنه لايضم إلى مال الموروث ما ورث من غيره ، فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال فى الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض ، مثال ذلك زوج وزوجة توفيا فى حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم ، فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم ، وتورث المرأة من الألف التى كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التى ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون . ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء فى ميراث ولد الملاعنة وولد الزنى . فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة ، وأنه ليس لأمه إلا الثلث والباقى لبيت المال ، إلا أن يكون له إخوة لأم ، فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقى المال لمواليها ، وإلا فالباقى لبيت مال المسلمين ، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ، إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام أولى من جماعة المسلمين . وأيضا على قياس من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال ؛ وذهب على وعمر وابن مسعود إلى أن عصبته عصبة أمه أعنى الذين يرثونها . وروى عن على وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلونه عصبته عصبة أمه إلا مع فقد الأم وكانوا ينزلون الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة . وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى ـ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ـ فقالوا : هذه أم وكل أم لها الثلث ، فهذه لها الثلث . وعمدة الفريق الثانى ما روى من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه ألحق ولد الملاعنة بأمه » وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « جعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثته » وحديث واثلة بن الأسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم

قال « المَرأةُ تَحُوزُ ثَلاثَةَ أمْوَال : عَتِيقَهَا ، ولَقِيطَهَا ووَلَدَهَا الَّذِى لاعَنَتْ عَلَيْهِ » وحديث مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرّج جميع ذلك أبو داود وغيره . قال القاضى : هذه الآثار المصير إليها واجب لأنها قد خصصت عموم الكتاب . والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب ، ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم ، وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان ، وهو مشهور فى الصدر الأول ، واشتهاره فى الصحابة دليل على صحة هذه الآثار ، فإن هذا ليس يستنبط بالقياس ، والله أعلم .

ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثانى ؛ فقال مالك وأبوحنيفة : يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ، ولا يثبت بقوله نسبه ؛ وقال الشافعى : لايثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئا . واختلف مالك وأبوحنيفة فى القدر الذى يجب على الأخ المقر ، فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثانى وثبت النسب ؛ وقال أبوحنيفة : يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده ، وكذلك الحكم عند مالك وأبى حنيفة فيمن ترك ابنا واحدا فأقر بأخ له آخر ، أعنى أنه لايثبت النسب ويجب الميراث ؛ وأما الشافعى فعنه فى هذه المسئلة قولان : أحدهما أنه لايثبت النسب ولا يجب الميراث . والثانى يثبت النسب ويجب الميراث ، وهو الذى عليه تناظر الشافعية فى المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة ، وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب باقراره وإن كان واحدا أخا أوغير ذلك . وعمدة الشافعية فى المسئلة الأولى ؛ وفى أحد قوليه فى هذه المسئلة ، أعنى القول الغير المشهور أن النسب لايثبت إلا بشاهدى عدل ، وحيث لايثبت فلا ميراث ، لأن النسب أصل والميراث فرع ، وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع . وعمدة مالك وأبى حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد إلى الأخ المنكر ، فلا يثبت عليه إلا بشاهدين عدلين ، وأما حظه من الميراث الذى بيد المقر فإقراره فيه عامل لأنه حق أقرّبه على نفسه . والحق أن القضاء عليه لايصح من الحاكم إلا بعد ثبوت النسب وأنه لايجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شريكه فى الميراث حظه منه . وأما

عمدة الشافعية فى إثباتهم النسب بإقرار الواحد الذى يحوز له الميراث فالسماع والقياس . أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت « كان عتبة بن أبى وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد ابن أبى وقاص وقال : ابن أخى قد كان عهد إلى فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة ، فقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فتساوقاه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد : يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد إلىّ فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هُوَ لكَ يا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الوَلَدُ للفِرَاش وللعاهِرِ الحَجَرُ ، ثم قال لسودة بنت زمعة : احْتَجِبِى مِنْهُ ، لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قالت : فما رآها حتى لقى الله عز وجل ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إذا لم يكن هنالك وارث منازع له »

وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه فى إثبات النسب ، ولهم فى ذلك تأويلات ، وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به ، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدى عدل ، ولذلك تأول الناس فى ذلك تأويلات ، فقالت طائفة : إنه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه ، لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمعة بن قيس ، وأنها كانت فراشا له ، قالوا : ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام ، فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها ، وهذا على القول بأن للقاضى أن يقضى بعلمه ، ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك ، لأنه لا يقضى القاضى عنده بعلمه ، ويليق بمذهب الشافعى على قوله الآخر ، أعنى الذى لا يثبت فيه النسب . والذين قالوا بهذا التأويل قالوا : إنما أمر سودة بالحجبة احتياطا لشبهة الشبه ، لأن ذلك كان واجبا ، وقال لمكان هذا بعض الشافعية : إن للزوج أن يحجب الأخت عن أخيها ، وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش . وافترق هؤلاء فى تأويل قوله

عليه الصلاة والسلام « هو لك » فقالت طائفة : إنما أراد هو عبدك إذا كان ابن أمة أبيك ، وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه فى ذلك بقوله « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وقال الطحاوى : إنما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام « هو لك يا عبد بن زمعة » أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة ، وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر » . وأما المعنى الذى يعتمده الشافعية فى هذا المذهب ، فهو أن إقرار من يحوز الميراث هو إقرار خلافة : أى إقرار من حاز خلافة الميت ، وعند الغير أنه إقرار شهادة لا إقرار خلافة ، يريد أن الإقرار الذى كان للميت انتقل إلى هذا الذى حاز ميراثه . واتفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بآبائهم إلا فى الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة ؛ وشذ قوم فقالوا : يلتحق ولد الزنى فى الإسلام ، أعنى الذى كان عن زنى فى الإسلام . واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش فى أقل من ستة أشهر ، إما من وقت العقد ، وإما من وقت الدخول ، وأنه يلحق من وقت الدخول إلى أقصر زمان الحمل ، أو إن كان قد فارقها واعتزلها . واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به الوالد الولد ، فقال مالك : خمس سنين ؛ وقال بعض أصحابه : سبع ؛ وقال الشافعى : أربع سنين ؛ وقال الكوفيون : سنتان : وقال محمد بن الحكم : سنة ؛ وقال داود : ستة أشهر ، وهذه المسئلة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة. وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلا . وذهب مالك والشافعى إلى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول أنه لا يلحق به إلا إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول . وقال أبو حنيفة : هى فراش له ويلحقه الولد . وعمدة مالك أنها ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول . وعمدة أبى حنيفة عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى إلحاق الولد بالوطء الحلال : واختلفوا من هذا الباب فى إثبات النسب بالقافة ، وذلك

عند مايطأ رجلان فى طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ، ويتصور أيضا الحكم بالقافة فى اللقيط الذى يدعيه رجلان أو ثلاثة . والقافة عند العرب : هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس ، فقال بالقافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور والأوزاعى وأبى الحكم بالقافة ، الكوفيون وأكثر أهل العراق ، والحكم عند هؤلاء أنه إذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما ، وذلك إذا لم يكن لأحدهما فراش ، مثل أن يكون لقيطا ، أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان فى طهر واحد ؛ وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم للابن الواحد أبوان فقط ؛ وقال محمد صاحب أبى حنيفة : يجوز أن يكون ابنا لثلاثة إن ادعوه ، وهذا كله تخليط وإبطال للمعقول والمنقول .
وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم : أى بمن ادعاهم فى الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة ، فدعا قائفا فنظر إليه فقال القائف : لقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبرينى بخبرك ، فقالت : كان هذا لأحد الرجلين يأتى فى إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دما ، ثم خلف هذا عليها : تعنى الآخر ، فلا أدرى أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : وال أيهما شئت . قالوا : فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع . وهذا الحكم عند مالك إذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبى حتى يبلغ ، ويقال له : وال أيهما شئت ، ولا يلحق واحد باثنين ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو ثور : يكون ابنا لهما إذا زعم القائف أنهما اشتركا فيه ؛ وعند مالك أنه ليس يكون ابنا للاثنين لقوله تعالى - يا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى - واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : أَلَمْ تَسْمَعِى ماقالَ مجزِّزٌ المَدْلِجِىُّ لِزَيْدٍ وأُسامَةَ ورأى أقدامهما فقال : إنَّ هَذِهِ الأقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ » قالوا : وهذا مروى عن

ابن عباس وعن أنس بن مالك ، ولا مخالف لهم من الصحابة . وأما الكوفيون فقالوا : الأصل أن لا يحكم لأحد المتنازعين فى الولد إلا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » فإذا عدم الفراش أو اشتركا الفراش كان ذلك بينهما ، وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية ، فإنه ليس يلزم من قال : إنه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك فى الشرع . وروى مثل قولهم عن عمر ، ورواه عبد الرزاق عن على ؛ وقال الشافعى : لا يقبل فى القافة إلا رجلان . وعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما مثل قول الشافعى ، والثانية أنه يقبل قول قائف واحد . والقافة فى المشهور عن مالك إنما يقضى بها فى ملك اليمين فقط لا فى النكاح ؛ وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعى ؛ وقال أبو عمر بن عبد البر : فى هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ، رواه الثورى عن صالح بن حى عن الشعبى عن زيد بن أرقم قال « كان على باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس فى طهر واحد ، فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى ، فأقرع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية ، فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه » وفى هذا القول إنفاذ الحكم بالقافة وإلحاق الولد بالقرعة .

واختلفوا فى ميراث القاتل على أربعة أقوال : فقال قوم : لا يرث القاتل أصلا من قتله . وقال آخرون : يرث القاتل وهم الأقل . وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا : لا يرث فى العمد شيئا ويرث فى الخطإ إلا من الدية ، وهو قول مالك وأصحابه . وفرق قوم بين أن يكون فى العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب ، مثل أن يكون من له إقامة الحدود ، وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم . وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع فى هذا المعنى للنظر المصلحى ، وذلك أن النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث إلى القتل واتباع الظاهر ، والتعبد يوجب أن لا يلتفت إلى ذلك ، فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع — وما كان ربك نسيا — كما تقول الظاهرية .

واختلفوا فى الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام ، فقال الجمهور :

إنما يعتبر فى ذلك وقت الموت ، فإن كان اليوم الذى مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده . وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة : المعتبر فى ذلك يوم القسم ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب . وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم « أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِّمَتْ فِى الجاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الجاهِلِيَّةِ ، وأَيُّمَا دارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلامُ ولَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلامِ » فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم فى ذلك الوقت بحكم الإسلام ، ومن اعتبر وجوب القسمة حكم فى وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام . وروى من حديث عطاء « أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم ، فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه ، وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم . فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بهذا الكتاب .

قال القاضى : ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب : إما بنسب ، أو صهر ، أو ولاء ، وكان قد قيل فى الذى يكون بالنسب والصهر ، فيجب أن نذكر ههنا الولاء ، ولمن يجب ، ومن يجب فيه ممن لا يجب ، وما أحكامه ؟ .

باب فى الولاء

فأما من يجب له الولاء ، ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لهذا الباب .

(المسئلة الأولى) أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولاءه له وأنه يرثه إذا لم يكن له وارث ، وأنه عصبة له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال . فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه ، فلما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث بريرة « إِنَّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » واختلفوا إذا أعتق عبد عن غيره ؛ فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذى باشر العتق ،

وقال أبو حنيفة والشافعى : إن أعتقه عن علم المعتق عنه ، فالولاء للمعتق عنه ، وإن أعتقه عن غير علمه ، فالولاء للمباشر للعتق . وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقوله عليه الصلاة والسلام « الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » قالوا : فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير إذنه ، فكذلك الولاء ، ومن طريق المعنى فلأن عتقه حرية وقعت فى ملك المعتق ، فوجب أن يكون الولاء له ، أصله إذا أعتقه من نفسه . وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه فقد ملكه إياه ، فأشبه الوكيل ؛ ولذلك اتفقوا على أنه إذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه له لا للمباشر . وعند مالك أنه من قال لعبده : أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين ، وعندهم يكون للمعتق .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له ؟ فقال مالك والشافعى والثورى وداود وجماعة : لا ولاء له ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : له ولاؤه إذا والاه ، وذلك أن مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه ، وأن له أن ينصرف من ولائه إلى ولاء غيره مالم يعقل عنه ؛ وقال غيره : بنفس الإسلام على يديه يكون له ولاؤه . فعمدة الطائفة الأولى قوله صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » وإنما هذه هى التى يسمونها الحاصرة ، وكذلك الألف واللام هى عندهم للحصر ، ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لايشاركه فيه غيره : أعنى أن لايكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق فقط المباشر . وعمدة الحنفية فى إثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى ـ وَلِكُلٍّ جَعَلْنا مَوَالِىَ مِمَّا تَرَكَ الوَالِدانِ وَالأقْرَبُونَ ـ وقوله تعالى ـ وَالَّذِينَ عاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ـ . وحجة من قال : الولاء يكون بنفس الإسلام فقط حديث تميم الدارى قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يُسلم على يد مسلم ؟ فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومَماتِهِ » وقضى به عمر بن عبد العزيز . وعمدة الفريق الأول أن قوله تعالى ـ والذين عاقدت أيمانكم ـ منسوخة بآية المواريث ، وأن ذلك كان فى صدر

الإسلام ، وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك إلا ولاء السائبة .

(المسئلة الثالثة) اختلف العلماء إذا قال السيد لعبده أنت سائبة ، فقال مالك : ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين إلا أن يريد به معنى العتق فقط ، فيكون ولاؤه له ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : ولاؤه للمعتق على كل حال ، وبه قال أحمد وداود وأبو ثور ؛ وقالت طائفة : له أن يجعل ولاءه حيث شاء ، وإن لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين ، وبه قال الليث والأوزاعى ؛ وكان إبراهيم والشعبى يقولان : لابأس ببيع ولاء السائبة وهبته ، وحجة هؤلاء هى الحجج المتقدمة فى المسئلة التى قبلها . وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة فى هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة (اختلف العلماء فى ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصرانى قبل أن يباع لمن يكون ؟ فقال مالك وأصحابه : ولاؤه للمسلمين ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد إليه ولاؤه ولا ميراثه ؛ وقال الجمهور : ولاؤه لسيده ، فإن أسلم كان له ميراثه . وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب ، وأنه إذا أسلم الأب بعد إسلام الابن أنه يرثه ، فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى - وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً - فهو يقول • أنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد ؛ وأما إذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه إذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له . ولذلك اتفقوا أنه إذا أعتق النصرانى الذمى عبده النصرانى قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع ، فإن أسلم المولى عاد إليه . وإن كانوا اختلفوا فى الحربى يعتق عبده وهو على دينه ، ثم يخرجان إلينا مسلمين ، فقال مالك : هو مولاه يرثه ؛ وقال أبو حنيفة : لاولاء بينهما ، وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه فى الولاء والتحالف ؛ وخالف أشهب مالكا فقال : إذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد إلى المولى ولاؤه أبدا ؛ وقال ابن القاسم : يعود ، وهو معنى قول مالك ، لأن مالكا يعتبر وقت العتق ، وهذه المسائل كلها هى مفروضة فى القول لاتقع بعد ، فإنه ليس من دين النصارى أن يسترق

بعضهم بعضا ، ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه فى هذا الوقت، ويزعمون أنه من أمللهم .

(المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل فى وراثة الولاء إلا من باشرن عتقه بأنفسهن أو ماجر إليهن من باشرن عتقه ، إما بولاء أو بنسب ، مثل معتق معتقها أو ابن معتقها ، وأنهن لايرثن معتق من يرثنه إلا ما حكى عن شريح . وعمدته أنه لما كان لها ولاء ما أعتقت بنفسها كان لها ولاء ما أعتقه مورثها قياسا على الرجل ، وهذا هو الذى يعرفونه بقياس المعنى ، وهو أرفع مراتب القياس ، وإنما الذى يوهنه الشذوذ . وعمدة الجمهور أن الولاء إنما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق ، وهذه النعمة إنما توجد فيمن باشر العتق ، أو كان من سبب قوى من أسبابه ، وهم العصبة . قال القاضى : وإذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء ، فبقى النظر فى ترتيب أهل الولاء فى الولاء . فمن أشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء للكبر ، مثال ذلك : رجل أعتق عبدا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنين ، ثم مات أحد الأخوين وترك ابنا ، أو أحد الابنين ، فقال الجمهور : فى هذه المسئلة أن حظ الأخ الميت من الولاء لايرثه عنه ابنه ، وهو راجع إلى أخيه لأنه أحق به من ابنه بخلاف الميراث ، لأن الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت ، وهنا بالقرب من المباشر العتق ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة . وقال شريح وطائفة من أهل البصرة : حق الأخ الميت فى هذه المسئلة لبنيه . وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث . وعمدة الفريق الأول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر . ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بجر الولاء ، وصورتها أن يكون عبد له بنون من أمة ، فأعتقت الأمة ثم أعتق العبد بعد ذلك ، فإن العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين إذا أعتق الأب ، وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الأم إذا لم يمس المولود الرق فى بطن أمه ، وذلك يكون إذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الأب هو لموالى الأم . واختلفوا إذا أعتق الأب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لايجر ؟ فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم إلى أنه يجر ،

وبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان . وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة : لايجر ولاءه . وروى عن عمر ، وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب ، وإن كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور . وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب ، والنسب للأب دون الأم . وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لأمهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها ، وهو الولاء . وذهب مالك إلى أن الجد يجر ولاء حفدته إذا كان أبوهم عبدا ، إلا أن يعتق الأب ، وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجد إنما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الأب ، وإذا لم يكن للأب ولاء فأحرى أن لايكون للجد . وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كموته فوجب أن ينتقل الولاء إلى أبى الأب ، ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الأبناء أحق من الآباء ، وأنه لاينتقل إلى العمود الأعلى إلا إذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث ، لأن البنوة عندهم أقوى تعصيبا من الأبوة ، والأب أضعف تعصيبا ، والإخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد ، وعند الشافعى وأبى حنيفة الجد أقعد منهم . وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصيبا ، فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا ، أو كان له ورثة لايحيطون بالميراث كان عاصبة المولى الأعلى ، وكذلك يعصب المولى الأسفل كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب : أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه . وفى هذا الباب مسئلة مشهورة وهى : إذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء ؟ فقالت طائفة : لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ، والولاء للعصبة ، وهو قول على ابن أبى طالب ؛ وقال قوم : لابنها ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعليه فقهاء الأمصار ، وهو مخالف لأهل هذا السلف ، لأن ابن المرأة ليس من عصبتها .

تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب العتق

والنظر فى هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لايصح ، ومن يلزمه ومن لايلزمه : أعنى بالشرع ، وفى ألفاظ العتق ، وفى الإيمان به ، وفى أحكامه وفى الشروط الواقعة فيه . ونحن فإنما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التى يتعلق أكثرها بالمسموع . فأما من يصح عتقه ، فإنهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم الغنى غير العديم . واختلفوا فى عتق من أحاط الدين بماله وفى عتق المريض وحكمه : فأما من أحاط الدين بماله ، فإن العلماء اختلفوا فى جواز عتقه ، فقال أكثر أهل المدينة : مالك وغيره : لايجوز ذلك ، وبه قال الأوزاعى والليث ؛ وقال فقهاء العراق : وذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم ، وذلك عند من يرى التحجير منهم ، وقد يتخرج عن مالك فى ذلك الجواز قياسا على ما روى عنه فى الرهن أنه يجوز ، وإن أحاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم . وعمدة من منع عتقه أن ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء ؛ فليس له أن يخرج منه شيئا بغير عوض ، وهى العلة التى بها يحجر الحاكم عليه التصرف والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها ، وتحجير الحاكم ليس بعلة وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه . وعمدة الفريق الثانى أنه قد انعقد الإجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبلها ولايرد شيئا مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم ، وهذا هو قول الشافعى ولاخلاف عند الجميع أنه لايجوز أن يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه ، وكذلك المحجور ؛ ولا يجوز عند العلماء عتقه لشىء من مماليكه إلا مالكا وأكثر أصحابه ، فإنهم أجازوا عتقه لأم ولده . وأما المريض فالجمهور على أن عتقه إن صح وقع وإن مات كان من الثلث ؛ وقال أهل الظاهر : هو مثل عتق الصحيح . وعمدة الجمهور حديث عمران ابن الحصين أن رجلا أعتق ستة أعبد له ، الحديث على ما تقدم . وأما من

يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق ، وهذا متفق عليه فى أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده .

فأما من بعض العتق فإنه ينقسم قسمين : أحدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق . والثانى أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه . فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فإن الفقهاء اختلفوا فى حكم ذلك ، فقال مالك والشافعى وأحمد بن حنبل : إن كان المعتق موسرا قوّم عليه نصيب شريكه قيمة العدل ، فدفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له ، وإن كان المعتق معسرا لم يلزمه شىء وبقى المعتق بعضه عبدا وأحكامه أحكام العبد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معسرا سعى العبد فى قيمته للسيد الذى لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول ، وبه قال الأوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى وجماعة الكوفيين ، إلا أن ابن شبرمة وابن أبى ليلى جعلا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر : وأما شريك المعتق فإن الجمهور على أن له الخيار فى أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق ؛ وقال أبو حنيفة : لشريك الموسر ثلاث خيارات : أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما ، وهذا لاخلاف فيه بينهم . والخيار الثانى أن تقوم عليه حصته . والثالث أن يكاف العبد السعى فى ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق . وعمدة مالك والشافعى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أعْتَقَ شِرْكا لَهُ فى عَبْدٍ وكانَ لَهُ مالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ العَدْلِ ، فأعْطَى شُرَكاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعتقَ عَلَيْهِ العَبْدُ وإلاَّ فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ ما عَتَقَ » . وعمدة محمد وأبى يوسف صاحبى أبى حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فى عَبْدٍ فَخَلاصُهُ فى مالِهِ إنْ كانَ لَهُ مالٌ ، فإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ اسْتُسْعِىَ العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ » وكلا الحديثين خرّجه أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما ، ولكل طائفة منهم قول فى ترجيح حديثه الذى أخذ به ، فمما

وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك فى الزيادة المعارضة فيه لحديث أبى هريرة ، وهو قوله « وإلا فقد عتق منه ما عتق » فهل هو من قوله عليه الصلاة والسلام ، أم من قول نافع « وإن فى ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا . ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية . وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلك على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شىء . وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق شرعى لايجوز تبعيضه ، فإذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه ، وإذا كان معسرا سعى العبد فى قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد ، وربما أتوا بقياس شبهى وقالوا : لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان : نوع يقع بالاختيار ، وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله . ونوع يقع بغير اختيار ، وهو أن يعتق على السيد من لايجوز له بالشريعة ملكه وجب أن يكون العتق بالسعى كذلك . فالذى بالاختيار منه هو الكتابة . والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى . واختلف مالك والشافعى فى أحد قوليه إذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية ؟ أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق ؟ فقالت الشافعية : يعتق بالسراية ؛ وقالت المالكية بالحكم ؛ واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر . واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « قوم عليه قيمة العدل » فقالوا : مايجب تقويمه فإنما يجب بعد إتلافه فإذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه فى وقت الإتلاف ، وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم ، وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه ، لأنه قد نفذ العتق وهذا بين . وقول أبى حنيفة فى هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين ، وقد روى فيها خلاف شاذ ، فقيل عن ابن سيرين إنه جعل حصة الشريك فى بيت المال ؛ وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له فى عبد أن العتق باطل ؛ وقال قوم : لايقوم على المعسر الكل ، وينفذ العتق فيما أعتق ؛ وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه ، وسقط

العسر فى بعض الروايات فى حديث ابن عمر ، وهذا كله خلاف الأحاديث ، ولعلهم لم تبلغهم الأحاديث . واختلف قول مالك من هذا فى فرع وهو إذا كان معسرا فأخر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أيسر ، فقيل يقوم ، وقيل لايقوم . واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد : أنه يعتق عليه الباقى إن كان موسراً إلا إذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه ، وهو أن يملكه بميراث - فقال قوم : يعتق عليه فى حال اليسر - وقال قوم : لايعتق عليه ؛ وقال قوم : فى حال اليسر بالسعاية ؛ وقال قوم : لا . وإذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه ؛ فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعى والثورى والأوزاعى وأحمد وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون : يعتق عليه كله ، وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر : يعتق منه ذلك القدر الذى عتق ويسعى العبد فى الباقى ، وهو قول طاوس وحماد . وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة فى إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى أن يجب ذلك عليه فى ملكه . وعمدة أبى حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه ، فإذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر . فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق ، أعنى أنه لايقع فيه تبعيض ، أومضرة الشريك ؟ . واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده ، فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائى وأبو داود عن أبى المليح عن أبيه « أن رجلا من هذيل أعتق شقصا له من مملوك فتمم النبى عليه الصلاة والسلام عتقه وقال : ليس لله شريك » وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها الجمهور ، وصارت علتهم أولى ، لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة . فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس . وأما الإعتاق الذى يكون بالمثلة ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والليث والأوزاعى : من مثل بعبده أعتق عليه ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : لايعتق عليه ؛ وشذ الأوزاعى فقال : من مثل بعبد غيره أعتق عليه والجمهور على أنه يضمن ما نقص من قيمة العبد ، فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن

جده « أن زنباعا وجد غلاما له مع جارية ، فقطع ذكره وجدع أنفه ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما حَمَلَكَ عَلى مافَعَلْتَ ؟ فقال : فعل كذا وكذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اذْهَبْ فأنْتَ حُرٌّ» وعمدة الفريق الثانى قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر « منْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ أوْ ضَرَبَهُ فَكَفَّارَتُهُ عِتْقُهُ » قالوا : فلم يلزم العتق فى ذلك وإنما ندب إليه . ولهم من طريق المعنى أن الأصل فى الشرع هو أنه لايكره السيد على عتق عبده إلا ما خصصه الدليل . وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف فى صحتها ، فلم تبلغ من القوة أن يخصص بها مثل هذه القاعدة . وأما هل يعتق على الإنسان أحد من قرابته ، وإن عتق فمن يعتق ؟ فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة إلا داود وأصحابه ، فإنهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قربى ، والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لايعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده ؛ فقال مالك : يعتق على الرجل ثلاثة : أحدها أصوله : وهم الآباء والأجداد والجدات والأمهات وآباؤهم وأمهاتهم ، وبالجملة كل من كان له على الإنسان ولادة . والثانى فروعه ، وهم : الأبناء والبنات وولدهم ما سفلوا ، وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات ، وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ، ذكر أو أنثى . والثالث الفروع المشاركة له فى أصله القريب وهم الإخوة ، وسواء كانوا لأب وأم ، أو لأب فقط ، أو لأم فقط ؛ واقتصر من هذا العمود على القريب فقط ، فلم يوجب عتق بنى الإخوة . وأما الشافعى فقال مثل قول مالك فى العمودين الأعلى والأسفل ، وخالفه فى الإخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فأوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ ، ومن أشبههم ممن هو من الإنسان ذو محرم . وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم فى مفهوم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لايَجْزِى وَلَدٌ عَنْ والِدِهِ إلاَّ أنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكا فَيَشْتَرِيَهُ فَيَعْتِقَهُ » خرجه مسلم والترمذى وأبوداود وغيرهم ، فقال الجمهور :

يفهم من هذا أنه إذا اشتراه وجب عليه عتقه ، وأنه ليس يجب عليه شراؤه . وقالت الظاهرية : المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه إذا اشتراه ، قالوا : لأن إضافة عتقه إليه دليل على صحة ملكه له ، ولو كان ما قالوا صوابا ، لكان اللفظ إلا أن يشتريه فيعتق عليه . وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ » وكأن هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي ؛ وقاس مالك الإخوة على الأبناء والآباء ، ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط ، وقاس الأبناء على الآباء . وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بأن البنوة صفة هي ضد العبودية ، وأنه ليس تجتمع معها لقوله تعالى ـ وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا . إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ إِلاَّ آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا ـ وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها ، فإن هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة . والعبودية التي بين المخلوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم ، وهو احتجاج ضعيف . وإنما أراد الله تعالى أن البنوة تساوى الأبوة فى جنس الوجود أو فى نوعه ، أعنى أن الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا ، حتى أنهما إما أن يكونا من نوع واحد أو جنس واحد ، وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه فى جنس قريب ولا بعيد ، بل التفاوت بينهما غاية التفاوت ، فلم يصح أن يكون فى الموجودات التى ههنا شىء نسبته إليه نسبة الأب إلى الابن ، بل إن كان نسبة الموجودات إليه نسبة العبد إلى السيد كان أقرب إلى حقيقة الأمر من نسبة الابن إلى الأب لأن التباعد الذى بين السيد والعبد فى المرتبة أشد من التباعد الذى بين الأب والابن ، وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين ؛ لكن لما لم يكن فى الموجودات نسبة أشد تباعدا من هذه النسبة ، أعنى تباعد طرفيهما فى الشرف والخسة ضرب المثال بها ، أعنى نسبة العبد للسيد ، ومن لحظ المحبة التى بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول فى الناس إنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى . فهذه جملة المسائل المشهورة التى تتعلق بالعتق الذى يدخل على الإنسان بغير اختياره . وقد

اختلفوا من أحكام العتق فى مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له فى مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم ، فقال مالك والشافعى وأصحابهما وأحمد وجماعة : إذا أعتق فى مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته ، وكذلك الحكم فى الوصية بعتقهم . وخالف أشهب وأصبغ مالكا فى العتق المبتل فى المرض فقالا جميعا إنما القرعة فى الوصية . وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر . ولا خلاف فى مذهب مالك أن المدبرين فى كلمة واحدة إذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث . وقال أبو حنيفة وأصحابه فى العتق المبتل : إذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منه ثلثه . وقال الغير : بل يعتق من الجميع ثلثه . فقوم من هؤلاء اعتبروا فى ثلث الجميع القيمة ، وهو مذهب مالك والشافعى ؛ وقوم اعتبروا العدد . فعند مالك إذا كانوا ستة أعبد : مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل فى ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر ، وذلك أيضا بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثا ؛ وقال قوم : بل المعتبر العدد ، فإن كانوا ستة عتق منهم اثنان وإن كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث . فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين « أن رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » خرّجه البخارى ومسلم مسندا ، وأرسله مالك . وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التى تأتى بطرق الآحاد إذا خالفتها الأصول الثابتة بالتواتر . وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما ، فلو كان له مال لنفذ بإجماع ، فإذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه ، وهذا الأصل ليس بينا من قواعد الشرع فى هذا الموضع ، وذلك أنه يمكن أن يقال له إنه إذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين ، وقد ألزم الشرع مبعض العتق أن يتم عليه ، فلما لم يمكن ههنا أن يتمم عليه جمع فى أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة فى ذلك دون العدد أفضت إلى هذا الأصل ، وهو تبعيض العتق ، فلذلك كان الأولى أن

يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث ، وكان الجزء المعتق فى كل واحد منهم هو حق لله فوجب أن يجمع فى أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس . واختلفوا فى مال العبد إذا أعتق لمن يكون ، فقالت طائفة : المال للسيد ؛ وقالت طائفة : ماله تبع له ، وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والثورى وأحمد وإسحق ، وبالثانى قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة . والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أعْتَقَ عَبْداً فَمَالُهُ لَهُ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَ السَّيِّدُ مَالَهُ » وأما ألفاظ العتق ، فإن منها صريحا ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار ؛ أما الألفاظ الصريحة ، فهو أن يقول : أنت حر ، أو أنت عتيق ، وما تصرف من هذه ، فهذه الألفاظ تلزم السيد بإجماع من العلماء . وأما الكناية فهى مثل قول السيد لعبده : لاسبيل لى عليك ، أو لاملك لى عليك ، فهذه ينوّى فيها سيد العبد ، هل أراد به العتق أم لا ؟ عند الجمهور . ومما اختلفوا فيه فى هذا الباب إذا قال السيد لعبده : يا بنى ، أو لأمته يا بنتى ، أو قال : يا أبى ، أو يا أمى ، فقال قوم وهم الجمهور : لاعتق يلزمه ؛ وقال أبو حنيفة : يعتق عليه ؛ وشذ زفر فقال : لو قال السيد لعبده : هذا ابنى ، عتق عليه وإن كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده : ما أنت إلاّ حر ، فقال قوم : هو ثناء عليه وهم الأكثر ؛ وقال قوم : هو حر ، وهو قول الحسن البصرى : ومن هذا الباب من نادى عبدا من عبيده باسمه ، فاستجاب له عبد آخر ، فقال له : أنت حر ، وقال : إنما أردت الأول ، فقيل يعتقان عليه جميعا ، وقيل ينوى . واتفق على أن من أعتق مافى بطن أمته فهو حر دون الأم . واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ما فى بطنها ، فقالت طائفة : له استثناؤه ؛ وقالت طائفة : هما حران . واختلفوا فى سقوط العتق بالمشيئة ، فقالت طائفة : لااستثناء فيه كالطلاق ، وبه قال مالك ؛ وقال قوم : يؤثر فيه الاستثناء كقولهم فى الطلاق ، أعنى قول القائل لعبده : أنت حر إن شاء الله . وكذلك اختلفوا فى وقوع العتق بشرط الملك ، فقال مالك : يقع ؛ وقال الشافعى وغيره : لايقع ، وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام : « لاعِتْقَ فِيما لاَ يَمْلِكُ ابنُ آدَمَ » وحجة

الفرقة الثانية تشبيهم إياه باليمين . وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق وشروطه كشروطه ، وكذلك الأيمان فيه شبيهه بأيمان الطلاق . وأما أحكامه فكثيرة : منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون فى العتق والعبوديه للأم ، وشذ قوم فقالوا : إلا أن يكون الأب عربيا . ومنها اختلافهم فى العتق إلى أجل ؛ فقال قوم : ليس له أن يطأها إن كانت جارية ولا يبيع ولا يهب ، وبه قال مالك ؛ وقال قوم : له جميع ذلك ، وبه قال الأوزاعى والشافعى واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق . واختلفوا فيمن قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ؛ فقال قوم : لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه ، وقال : إن باعه يعتق عليه ، أعنى من مال البائع إذا باعه ، وبه قال مالك والشافعى ، وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفى هذا كفاية .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الكتابة

والنظر الكلى فى الكتابة ينحصر فى أركانها وشروطها وأحكامها : أما الأركان فثلاثة : العقد وشروطه وصفته ، والعاقد ، والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار فى جنس جنس من هذه الأجناس.

القول فى مسائل العقد

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم فى عقد الكتابة : هل هو واجب أو مندوب إليه ؟ فقال فقهاء الأمصار : إنه مندوب ؛ وقال أهل الظاهر : هو واجب ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى - فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا - والأمر على الوجوب . وأما الجمهور فإنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل ، وأيضا فإنه لما لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض ، فأحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكه ؛ وذلك أن كسب العبد هو للسيد ،

وهذه المسئلة هى أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه ، وهذا العقد بالجملة هو أن يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد . فأركان هذا العقد الثمن والمثمون والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد . فأما الثمن ، فإنهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط فى البيوع . واختلفوا إذا كان فى لفظه إبهام مّا ، فقال أبو حنيفة ومالك : يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد ؛ وقال الشافعى : لا يجوز حتى يصفه ؛ فمن اعتبر فى هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ؛ ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاحّ جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم فى الصداق ؛ ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الأجنبى والأجنبى من مثل بيع الطعام قبل قبضه ، وفسخ الدين فى الدين ، وضع وتعجل ؛ ومنع ذلك الشافعى وأحمد وعن أبى حنيفة القولان جميعا . وعمدة من أجازه أنه ليس بين السيد وعبده ربا ، لأنه وماله له ، وإنما الكتابة سنة على حدتها . وأما الأجل فإنهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة ، واختلفوا فى هل تجوز حالّة ، وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالّة على مال موجود عند العبد ، وهى التى يسمونها قطاعه لا كتابة . وأما الكتابة فهى التى يشترى العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه . فموضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشترى نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده ؟ فقال الشافعى : هذا الكلام لغو ، وليس يلزم السيد شىء منه ؛ وقال متأخروا أصحاب مالك : قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد إلى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد : وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة ، إلا أنه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا ، فصح العقد وبطل الشرط . وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها ، وذلك أنه إذا لم يكن له مال حاضر أدى إلى عجزه ، وذلك ضد مقصود الكتابة : وحاصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة ، وأنه إذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد . واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعبده : لقد كاتبتك على ألف درهم فإذا أديتها فأنت حرّ أنه إذا أداها حر . واختلفو إذا قال له : قد

كاتبتك على ألف درهم وسكت هل يكون حرا دون أن يقول له : فاذا أديتها فأنت حر ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : هو حر ، لأن اسم الكتابة لفظ شرعى ، فهو يتضمن جميع أحكامه ؛ وقال قوم : لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الأداء . واختلف فى ذلك قول الشافعي . ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده : أنت حر وعليك ألف دينار ، فاختلف المذهب فى ذلك ؛ فقال مالك : يلزمه وهو حر ؛ وقال ابن القاسم : هو حر ولا يلزمه . وأما إن قال : أنت حر على أن عليك ألف دينار ، فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك : هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء ؛ وقيل العبد بالخيار ، فإن اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية وإلا بقى عبدا ؛ وقيل إن قبل كانت كتابة يعتق إذا أدى ، والقولان لابن القاسم ؛ وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ، وتجوز عنده الكتابة المطلقة ، ويرد إلى أن كتابة مثله كالحال فى النكاح ، وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد ، أعنى كتابة مثله فى الزمان والثمن ، ومن هنا قيل إنه تجوز عنده الكتابة الحالة . واختلف هل من شرط هذا العقد أن يضع السيد من آخر أنجم الكتابة شيئا عن المكاتب لاختلافهم فى مفهوم قوله تعالى ـ وآتُوهُمْ مِنْ مالِ اللهِ الَّذِى آتاكُمْ ـ وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ؛ ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين ؛ والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب ؟ والذين قالوا بذلك اختلفوا فى القدر الواجب ، فقال بعضهم : ماينطلق عليه اسم شىء ، وبعضهم حده . وأما المكاتب ففيه مسائل : إحداها هل تجوز كتابة المراهق ؟ وهل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ وهل تجوز كتابة من يملك فى العبد بعضه بغير إذن شريكه ؟ وهل تجوز كتابة من لايقدر على السعى ؟ وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق ؟ . فأما كتابة المراهق القوى على السعى الذى لم يبلغ الحلم ، فأجازها أبو حنيفة ، ومنعها الشافعى إلا للبالغ ، وعن مالك القولان جميعا . فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود . وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الأجانب ، وأن المقصود من ذلك هو القوة على السعى ، وذلك موجود فى غير البالغ . وأما هل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ فإن

العلماء اختلفوا فى ذلك ، ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لايعتق واحد منهم إلا بعتق جميعهم ؟ فيه أيضا خلاف . فأما هل يجوز الجمع ؟ فإن الجمهور على جواز ذلك ، ومنعه قوم ، وهو أحد قولى الشافعى . وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض ؟ فإن فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال : فقالت طائفة : ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة ، أعنى حمالة بعضهم عن بعض ، وبه قال مالك وسفيان ؛ وقال آخرون : لايلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه ؛ وقال الشافعى : لايجوز ذلك لابالشرط ولا بمطلق العقد ، ويعتق كل واحد منهم إذا أدى قدر حصته . فعمدة من منع الشركة ما فى ذلك من الغرر ، لأن قدر ما يلزم واحدا واحدا من ذلك مجهول . وعمدة من أجازه أن الغرر اليسير يستخف فى الكتابة ، لأنه بين السيد وعبده ، والعبد وماله لسيده . وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد . وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لافرق بينها وبين حمالة الأجنبيين ؛ فمن رأى أن حمالة الأجنبيين فى الكتابة لاتجوز قال : لاتجوز فى هذا الموضع . وإنما منعوا حمالة الكتابة لأنه إذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شىء يرجع عليه ، وهذا كأنه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض ، وإنما الذى يظهر فى ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعى بعجز من لايقدر عليه ، فهو غرر خاص بالكتابة ، إلا أن يقال أيضا إن الجمع يكون سببا لأن يخرج حرا من لايقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرا فهو كما يعود برق من يقدر على السعى ، كذلك يعود بحرية من لايقدر على السعى . وأما أبو حنيفة فشبهها بحمالة الأجنبى مع الأجنبى فى الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فألزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط ، وهو مع هذا أيضا لايجيز حمالة الكتابة . وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يكاتب نصيبه دون إذن صاحبه ، فقال بعضهم : ليس له ذلك والكتابة مفسوخة ، وما قبض منها هى بينهم على قدر حصصهم ؛ وقالت طائفة : لايجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه ؛ وفرقت فرقة فقالت : يجوز بإذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه ، وبالقول الأول

قال مالك ، وبالثانى قال ابن أبى ليلى وأحمد ، وبالثالث قال أبوحنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، وله قول آخر مثل قول مالك . وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لأدى إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه ، وذلك لايجوز إلا فى تبعيض العتق ؛ ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه إذا أدى الكتابة إذا كان موسرا ، فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لايوافقه عليه الخصم ، لكن ليس يمنع من صحة الأصل أن لايوافقه عليه الخصم . وأما اشتراط الإذن فضعيف ، وأبوحنيفة يرى فى كيفية أداء المال للمكاتب إذا كانت الكتابة عن إذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه ، ويرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ماكان كاتبه عليه ، وهذا فيه بعد عن الأصول . وأما هل تجوز مكاتبة من لايقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم أن شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى ـ إن علمتم فيهم خيرا ـ . قد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله ـ إن علمتم فيهم خيرا ـ فقال الشافعى : الاكتساب والأمانة ؛ وقال بعضهم : المال والأمانة ؛ وقال آخرون : الصلاح والدين : وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لاحرفة له مخافة السؤال ، وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة « أنها كوتبت أن تسأل الناس » وكره أن تكاتب الأمة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا ؛ وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق إلا أم الولد إذ ليس له عند مالك أن يستخدمها :

القول فى المكاتب

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم . واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عنده أم لا ؟ وسيأتى هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لايجوز ؛ ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له فى التجارة ، لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق ؛ وكذلك لايجوز كتابة من أحاط الدين بماله ، إلا أن يجيز الغرماء ذلك إذا كان فى ثمن

كتابته إن بيعت (١) مثل ثمن رقبته . وأما كتابة المريض ، فإنها عنده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء ، وقد قيل : إن حابى كان كذلك وإن لم يحاب سعى ، فإن أدى وهو فى المرض عتق ؛ وتجوز عنده كتابة النصرانى المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هى مشهورات المسائل التى تتعلق بالأركان ، أعنى المكاتب والمكاتب والكتابة . وأما الأحكام فكثيرة ، وكذلك الشروط التى تجوز فيها من التى لا تجوز . ويشبه أن تكون أجناس الأحكام الأولى فى هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق ، وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ، ومن يدخل معه فى حال الكتابة ممن لا يدخل ، وتمييز ما بقى عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه . فلنبدأ بذكر مسائل الأحكام المشهورة التى فى جنس جنس من هذه الأجناس الخمسة .

الجنس الأول

فأما متى يخرج من الرق ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أدى جميع الكتابة ، واختلفوا إذا عجز عن البعض وقد أدى البعض ، فقال الجمهور : هو عبد ما بقى من كتابته شىء ، وإنه يرق إذا عجز عن البعض . وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجمهور أقوال أربعة : أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة . والثانى أنه يعتق منه بقدر ما أدى . والثالث أنه يعتق إن أدى النصف فأكثر . والرابع إن أدى الثلث وإلا فهو عبد . وعمدة الجمهور ما خرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فأداها إلا عَشَرَةَ أَوَاقٍ فَهُوَ عَبْدٌ ، وأَيُّمَا عبد كاتَبَ عَلَى مائةِ دِينارٍ فأدَّاها إلاَّ عَشَرَةً فَهُوَ عَبْدٌ » . وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياه بالبيع ، فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده ، فإن عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال ، كما لو أفلس من اشتراه منه إلى أجل وقد مات . وعمدة

---

(١) هكذا ببعض النسخ ، وفى بعضها إسقاط لفظ : إن بيعت . اهـ مصححه

من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يُؤَدِّي المُكاتَبُ بِقَدْرِ ما أدَّى دِيَةَ حُرٍّ وَبِقَدْرِ ما رُقَّ مِنْهُ دِيَةَ عَبْدٍ » خرجه النسائي ، والخلاف فيه من قبل عكرمة ، كما أن الخلاف في أحاديث عمرو بن شعيب من قبل أنه روى من صحيفة ، وبهذا القول قال علي ، أعني بحديث ابن عباس. وروى عن عمر بن الخطاب أنه إذا أدى الشطر عتق . وكان ابن مسعود يقول : إذا أدى الثلث . وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة ، فالظاهر أن التقدير إذا صدر منهم أنه محمول على أن في ذلك سنة بلغتهم . وفي المسئلة قول خامس : إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق ، وبقي عديما في باقي المال : وقد قيل إن أدى القيمة فهو غريم ، وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت . والأشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور ، وقول هؤلاء هو الذي اعتمده فقهاء الأمصار ، وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لاشك فيها ، روى ذلك مالك في موطئه . وأيضا فهو أحوط لأموال السادات ، ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له إذا أفلس المشترى

الجنس الثاني

وأما متى يرق ، فإنهم اتفقوا على أنه إنما يرق إذا عجز إما عن البعض وإما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم . واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه إذا شاء من غير سبب ، أم ليس له ذلك إلا بسبب ؟ فقال الشافعي : الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي في حق السيد غير لازمة ؛ وقال مالك وأبو حنيفة : الكتابة عقد لازم من الطرفين : أي بين العبد والسيد . وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن العبد والسيد لايخلو أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا ، ثم إذا اختلفا فإما أن يريد السيد التعجيز ويأباه العبد ، أو بالعكس ، أعني أن يريد به السيد البقاء على الكتابة ، ويريد العبد التعجيز . فأما إذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الأمر من قسمين : أحدهما أن يكون دخل في الكتابة ولد أو لا يكون ، فإن

(١) هكذا بالنسخ ، والمشهور من مذهب الشافعي عكس ما يقوله ، وربما دل له ما يأتي من الاستدلال . تأمل اهـ مصححه .

كان دخل ولد فى الكتابة فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجيز. وإن لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان: إحداهما أنه لا يجوز إذا كان له مال، وبه قال أبو حنيفة؛ والأخرى أنه يجوز له ذلك. فأما إن طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد إن كان معه مال أو كانت له قوة على السعى. وأما إن أراد السيد التعجيز وأباه العبد، فإنه لا يعجزه عنده إلا بحكم حاكم، وذلك بعد أن يثبت السيد عند الحاكم أنه لا مال له ولا قدرة على الأداء.

ونرجع إلى عمدة أدلتهم فى أصل الخلاف فى المسئلة، فعمدة الشافعى ما روى أن بريرة جاءت إلى عائشة تقول لها: «إنى أريد أن تشترينى تعتقينى، فقالت لها: إن أراد أهلك، فجاءت أهلها فباعوها وهى مكاتبة» خرجه البخارى. وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة، ولأن حكم العبد فى هذا المعنى يجب أن يكون كحكم السيد وذلك أن العقود من شأنها أن يكون اللزوم فيها أو الخيار مستويا فى الطرفين، وأما أن يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الأصول، وعللوا حديث بريرة بأن الذى باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها. والحنفية تقول: لما كان المغلب فى الكتابة حق العبد، وجب أن يكون العقد لازما فى حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح، لأنه غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة، والمالكية تعترض هذا بأن تقول إنه عقد لازم فيما وقع به العوض، إذ كان ليس له أن يسترجع الصداق.

الجنس الثالث

وأما حكمه إذا مات قبل أن يؤدى الكتابة، فاتفقوا على أنه إذا مات دون ولد قبل أن يؤدى من الكتابة شيئا أنه يرق. واختلفوا إذا مات عن ولد فقال مالك: حكم ولده كحكمه، فإن ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا، وإن لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا، وإن لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى رقوا، وأنه إن فضل عن الكتابة شىء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار، وأنه ليس يرثه إلا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه إن كان له وارث

غير الولد الذى معه فى الكتابة . وقال أبوحنيفة : إنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذى ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وأولاده الأحرار وسائر ورثته . وقال الشافعى : لا يرثه بنوه الأحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة ، وماله لسيده ، وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها ، وتسقط حصة الأب عنهم ، وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبوحنيفة وسائر الكوفيين . والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم : تعتبر القيمة ، وهو قول الشافعى ؛ وقيل بالثمن ؛ وقيل حصته على مقدار الرءوس . وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا فى الكتابة ، لأن من ولد له أولاد فى الكتابة فهم تبع لأبيهم . وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ، ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقى . وعمدة الفريق الثانى أن الكتابة لا تضمن . وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطئه مثل قول الكوفيين . وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب ؟ فعند مالك أنه يموت مكاتبا ؛ وعند أبى حنيفة أنه يموت حرا ؛ وعند الشافعى أنه يموت عبدا . وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه . فعمدة الشافعية أن العبودية والحرية ليس بينهما وسط ، وإذا مات المكاتب فليس حرا بعد ، لأن حريته إنما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد ، فقد بقى أنه مات عبدا لأنه لا يصح أن يعتق الميت . وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه ، لأنه ليس له أن يرق نفسه ، والحرية يجب أن تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه إلى السيد . وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهى الكتابة ، فمن حيث لم يورث أولاده الأحرار منه جعل له حكم العبيد ، ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الأحرار ، والمسئلة فى حد الاجتهاد . ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعى وأرادت الأم أن تسعى عليهم ، فقال مالك : لها ذلك ؛ وقال الشافعى والكوفيون : ليس لها ذلك . وعمدتهم أن أم الولد إذا مات المكاتب مال من مال السيد ؛ وأما مالك فيرى أن حرمة الكتابة التى لسيدها صائرة إليها وإلى بنيها . ولم يختلف قول مالك أن المكاتب

إذا ترك بنين صغارا لايستطيعون السعي ، وترك أم ولد لاتستطيع السعي أنها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة . وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن أنه لايجوز بيع المكاتب لأم ولده ، ويجوز عند أبى حنيفة والشافعى . واختلف أصحاب مالك فى أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته ، هل تعتق أم ولده أم لا ؟ فقال ابن القاسم : إذا كان معها ولد عتقت وإلا رقت ؛ وقال أشهب : تعتق على كل حال ؛ وعلى أصل الشافعى كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لاينتفع به البنون فى أداء ما عليه من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة ، أو كانوا ولدوا فى الكتابة ، وإنما عليهم السعى ؛ وعلى أصل أبى حنيفة يكون حرا ولا بد ؛ ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان .

الجنس الرابع

وهو النظر فيمن يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لايدخل . واتفقوا من هذا الباب على أن ولد المكاتب لايدخل فى كتابة المكاتب إلا بالشرط ، لأنه عبد آخر لسيده . وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له فى الكتابة فيها . واختلفوا فى أم الولد على ماتقدم . وكذلك اختلفوا فى دخول ماله أيضا بمطلق العقد ، فقال مالك : يدخل ماله فى الكتابة ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : لايدخل ؛ وقال الأوزاعى : يدخل بالشرط ، أعنى إذا اشترطه المكاتب ، وهذه المسئلة مبنية على : هل يملك العبد أم لايملك ، وعلى هل يتبعه ماله فى العتق أم لا ؟ وقد تقدم ذلك .

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لايحجر ، وما بقى من أحكام العبد فيه :

فنقول : إنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئا له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده ، فإنه محجور عليه فى هذه الأمور وأشباهها ، أعنى أنه ليس له أن يخرج من يده شيئا من غير عوض . واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها أنه إذا لم يعلم السيد بهبته

أو بعتقه إلا بعد أداء كتابته ، فقال مالك وجماعة من العلماء إن ذلك نافذ ومنعه بعضهم . وعمدة من منعه أن ذلك وقع فى حالة لايجوز وقوعه فيها فكان فاسدا . وعمدة من أجازه أن السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد . وسبب اختلافهم هل إذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته ؟ فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وإن عتق ؛ ومن قال من شرط لزومه قال يجوز إذا عتق لأنه وقع عقدا صحيحا ، فلما ارتفع الإذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه إذا أذن السيد ، فإن الناس اختلفوا أيضا فى ذلك بعد اتفاقهم على أنه لايجوز عتقه إذا لم يأذن السيد ، فقال قوم : ذلك جائز ؛ وقال قوم : لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وبالجواز قال مالك ؛ وعن الشافعى فى ذلك القولان جميعا . والذين أجازوا ذلك اختلفوا فى ولاء المعتق لمن يكون ، فقال مالك : إن مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده ، وإن مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له ؛ وقال قوم من هؤلاء : بل ولاؤه على كل حال لسيده . وعمدة من لم يجز عتق المكاتب أن الولاء يكون للمعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ولا ولاء للمكاتب فى حين كتابته فلم يصح عتقه . وعمدة من رأى أن الولاء للسيد أن عبد عبده بمنزلة عبده ؛ ومن فرق بين ذلك فهو استحسان . ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب أن ينكح أو يسافر بغير إذن سيده ؟ فقال جمهورهم : ليس له أن ينكح إلا بإذن سيده ؛ وأباح بعضهم النكاح له . وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم ، وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ، ولم يجز للسيد أن يشترطه على المكاتب ، وأجازه ابن القاسم فى السفر القريب . والعلة فى منع النكاح أنه يخاف أن يكون ذلك ذريعة إلى عجزه . والعلة فى جواز السفر أن به يقوى على التكسب فى أداء كتابته . وبالجملة فللعلماء فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال : أحدها أن للمكاتب أن يسافر بإذن سيده وبغير إذنه ، ولا يجوز أن يشترط عليه أن لايسافر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى . والقول الثانى إنه ليس له أن يسافر إلا بإذن سيده ، وبه قال مالك . والثالث أن بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر إلا أن يشترط عليه سيده أن لايسافر ، وبه قال أحمد والثورى وغيرهما . ومن هذا الباب اختلافهم

فى هل للمكاتب أن يكاتب عبدا له ؟ فأجاز ذلك مالك مالم يُرِد به المحاباة ، وبه قال أبو حنيفة والثورى . وللشافعى قولان : أحدهما إثبات الكتابة ، والآخر إبطالها . وعمدة الجماعة أنها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء . وعمدة الشافعية أن الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب ، لأنه ليس بحر . واتفقوا على أنه لايجوز للسيد انتزاع شىء من ماله ولا الانتفاع منه بشىء . واختلفوا فى وطء السيد أمته المكاتبة ، فصار الجمهور إلى منع ذلك ؛ وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز إذا اشترطه عليها . وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرقة فيه إلى أجل آت فأشبه النكاح إلى أجل . وعمدة الفريق الثانى تشبيهها بالمدبرة . وأجمعوا على أنها إن عجزت حل وطؤها . واختلف الذين منعوا ذلك إذا وطئها هل عليه حد أم لا ؟ فقال جمهورهم : لاحد عليه لأنه وطء بشبهة ؛ وقال بعضهم : عليه الحد . واختلفوا فى إيجاب الصداق لها ، والعلماء فيما أعلم على أنه فى أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد . ومن هذا الباب اختلافهم فى بيعه ؛ فقال الجمهور : لايباع المكاتب إلا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه ؛ وقال بعضهم : بيعه جائز ما لم يؤد شيئا من كتابته ، لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئا ؛ وقال بعضهم : إذا رضى المكاتب بالبيع جاز ، وهو قول الشافعى ، لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم فى حق العبد ، واحتج بحديث بريرة إذ بيعت وهى مكاتبة . وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما فى ذلك من نقض العهد ، وقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا ؟ وكذلك اختلفوا فى بيع الكتابة ، فقال الشافعى وأبو حنيفة : لايجوز ذلك ، وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ، ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ، ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر ؛ وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين ، وفى ذلك أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، أعنى فى الشفعة فى الدين ؛ ومذهب مالك فى بيع الكتابة أنها إن كانت بذهب أنها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل فى ذلك من الدين بالدين . وإن كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف ، وإذا أعتق

فولاؤه للمكاتب لاللمشترى : ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد أن يجبر العبد على الكتابة أم لا ؟ .

وأما شروط الكتابة فمنها شرعية هى من شروط صحة العقد ، وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة . ومنها شروط بحسب التراضى ، وهذه الشروط منها مايفسد العقد ، ومنها ما إذا تمسك به أفسدت العقد وإذا تركت صح العقد ، ومنها شروط جائزة غير لازمة ، ومنها شروط لازمة ، وهذه كلها هى مبسوطة فى كتب الفروع ، وليس كتابنا هذا كتاب فروع ، وإنما هو كتاب أصول . والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التى هى ضد شروط الصحة المشروعة فى العقد . والشروط الجائزة هى التى لاتؤدى إلى إخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها ، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها ، وإنما يختلفون فى الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها ، وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة ، ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط ، وهى الشروط التى إن تمسك بها المشترط فسد العقد ، وإن لم يتمسك بها جاز ، وهذا ينبغى أن تفهمه فى سائر العقود الشرعية . فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب إذا اشترط فى الكتابة شرطا من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا ؟ فقال مالك وجماعة : ذلك الشرط باطل ، ويعتق إذا أدى جميع المال ؛ وقالت طائفة : لايعتق حتى يؤدى جميع المال ، ويأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أعتق رقيق الإمارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين . ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لايتم عتقه إلا بخدمة تلك السنين ، ولذلك القياس قول من قال : إن الشرط لازم . فهذه المسائل الواقعة المشهورة فى أصول هذا الكتاب .

وههنا مسائل تذكر فى هذا الكتاب وهى من كتب أخرى ، وذلك أنها إذا ذكرت فى هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه ، وإذا ذكرت فى غيره ذكرت على أنها أصول ، ولذلك كان الأولى ذكرها فى هذا الكتاب . فمن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد بنته من مكاتبه ، ثم مات السيد وورثته البنت ، فقال مالك والشافعى : ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءاً منه ،

وملك يمين المرأة محرم عليها بإجماع ؛ وقال أبوحنيفة : يصح النكاح ، لأن الذى ورثت إنما هو مال فى ذمة المكاتب لارقبة المكاتب ، وهذه المسئلة هى أحق بكتاب النكاح . ومن هذا الباب اختلافهم إذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا ؟ فقال الجمهور : لايحاص الغرماء ؛ وقال شريح وابن أبى ليلى وجماعة : يضرب السيد مع الغرماء . وكذلك اختلفوا إذا أفلس وعليه دين يغترق ما بيده ، هل يتعدى ذلك إلى رقبته ؟ فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة : لاسبيل لهم إلى رقبته ؛ وقال الثورى وأحمد : يأخذونه إلا أن يفتكه السيد . واتفقوا على أنه إذا عجز عن عقل الجنايات أنه يسلم فيها إلا أن يعقل عنه سيده ، والقول فى هل يحاص سيده الغرماء أو لا يحاص هو من كتاب التفليس ، والقول فى جنايته هو من باب الجنايات . ومن مسائل الأقضية التى هى فروع فى هذا الباب وأصل فى باب الأقضية اختلافهم فى الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب فى مال الكتابة ؛ فقال مالك وأبوحنيفة : القول قول المكاتب ؛ وقال الشافعى ومحمد وأبو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياسا على المتبايعين ، وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن الذى حضر منها الآن فى الذكر هو ما ذكرناه ، ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الأمصار وهى قريبة من المسموع ، فينبغى أن تثبت فى هذا الموضع إذ كان القصد إنما هو إثبات المسائل المشهورة التى وقع الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها فى الشرع وذلك أن قصدنا فى هذا الكتاب كما قلنا غير مرة : إنما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها فى الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التى شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار ، فإن معرفة هذين الصنفين من المسائل هى التى تجرى للمجتهد مجرى الأصول فى المسكوت عنها وفى النوازل التى لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ؛ ويشبه أن يكون من تدرب فى هذه المسائل وفهم أصول الأسباب التى أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب فى نازلة نازلة من النوازل ، أعنى أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الأمصار ، أعنى فى المسئلة الواحدة بعينها ، ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف ، وذلك

إذا نقل عنه فى ذلك فتوى . فأما إذا لم ينقل عنه فى ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر فى هذه الأصول فيمكنه أن يأتى بالجواب بحسب أصول الفقيه الذى يفتى على مذهبه ، وبحسب الحق الذى يؤديه إليه اجتهاده ، ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع فى مذهب مالك كتابا جامعا لأصول مذهبه ومسائله المشهورة التى تجرى فى مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها ، وهذا هو الذى عمله ابن القاسم فى المدونة ، فإنه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده فى ذلك الجنس من مسائل مالك التى هى فيها جارية مجرى الأصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد فى الأحكام والفتوى ، بيد أن فى قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد إذا تقدم ، فعلم من اللغة العربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه فى ذلك ، ولذلك رأينا أن أخص الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب :

[بداية المجتهد وكفاية المقتصد]

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب التدبير

والنظر فى التدبير : فى أركانه ، وفى أحكامه . أما الأركان فهى أربعة : المعنى ، واللفظ ، والمدبِّر ، والمدبَّر . وأما الأحكام فصنفان : أحكام العقد ، وأحكام المدبر .

(الركن الأول) فنقول : أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو أن يقول السيد لعبده : أنت حر عن دبر منى ، أو يطلق فيقول : أنت مدبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق . والناس فى التدبير والوصية على صنفين : منهم من لم يفرق بينهما ، ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل التدبير لازما والوصية غير لازمة . والذين فرقوا بينهما اختلفوا فى مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية ؟ أو حكم التدبير ؟ أعنى إذا قال : أنت حر بعد موتى ، فقال مالك : إذا قال وهو صحيح : أنت حر بعد موتى فالظاهر أنه وصية ، والقول قوله فى ذلك ، ويجوز رجوعه فيها إلا أن يريد التدبير . وقال أبو حنيفة : الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ، وبقول

مالك قال ابن القاسم ، وبقول أبى حنيفة قال أشهب قال : إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية ، مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضا ، وما أشبه ذلك من الأحوال التى جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم ، فعلى قول من لايفرق بين الوصية والتدبير ، وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التدبير . وأما على مذهب من يفرق فهو إما من كنايات التدبير ، وإما ليس من كناياته ولا من صريحه ، وذلك أن ما يحمله على الوصية فليس هو عنده من كناياته ولا من صريحه ، ومن يحمله على التدبير وينويه فى الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدبر فإنهم اتفقوا على أن الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه . واختلفوا فى حكم من ملك بعضا فدبره ، فقال مالك : يجوز ذلك ، وللذى لم يدبر حظه خياران : أحدهما أن يتقاوماه ، فإن اشتراه الذى دبره كان مدبرا كله ، وإن لم يشتره انتقض التدبير والخيار الثانى أن يقومه عليه الشريك ؛ وقال أبو حنيفة : للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات : إن شاء استمسك بحصته ، وإن شاء استسعى العبد فى قيمة الحصة التى له فيه وإن شاء قوّمها على شريكه إن كان موسرا ، وإن كان معسرا استسعى العبد ؛ وقال الشافعى : يجوز التدبير ولا يلزم شىء من هذا كله ، ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ماهو عليه ، فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على ما يفعل فى سنة العتق ، لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة ، وهذه المسئلة هى من الأحكام لامن الأركان ، أعنى أحكام المدبر فلتثبت فى الأحكام . وأما المدبر فاتفقوا على أن من شروطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا ، وإن من شرطه أن لايكون ممن أحاط الدين بماله ، لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير ، واختلفوا فى تدبير السفيه . فهذه هى أركان هذا الباب . وأما أحكامه فأصولها راجعة إلى أجناس خمسة : أحدها : مماذا يخرج المدبر ، هل من رأس المال أو الثلث ؟ . والثانى : ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه ، أعنى ما دام مدبرا . والثالث : ما يتبعه فى الحرية مما ليس يتبعه . والرابع : مبطلات التدبير الطارئة عليه . والخامس : فى أحكام تبعيض التدبير .

الجنس الأول

فأما مماذا يخرج المدبر إذا مات المدبر ، فإن العلماء اختلفوا فى ذلك ؟ فذهب الجمهور إلى أنه يخرج من الثلث ؛ وقالت طائفة : هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر ؛ فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية ، لأنه حكم يقع بعد الموت. وقد روى حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ » إلا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث ، لأنه رواه على بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر ، وعلى بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث . ومن رآه من رأس المال شبهه بالشىء يخرجه الإنسان من ماله فى حياته فأشبه الهبة . واختلف القائلون بأنه من الثلث فى فروع ، وهو إذا دبر الرجل غلاما له فى صحته ، وأعتق فى مرضه الذى مات عنه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما ، فقال مالك : يقدم المدبر لأنه كان فى الصحة ؛ وقال الشافعى : يقدم المعتق المبتّل ، لأنه لايجوز له رده ، ومن أصله أنه يجوز عنده رد التدبير ، وهذه المسئلة هى أحق بكتاب الوصايا .

وأما الجنس الثانى

فأشهر مسئلة فيه هى هل للمدبر أن يبيع المدبر أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد أن يبيع مدبره ؛ وقال الشافعى وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور : له أن يرجع فيبيع مدبره ؛ وقال الأوزاعى : لايباع إلا من رجل يريد عتقه . واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة فى فروع وهو إذا بيع فأعتقه المشترى ، فقال مالك : ينفذ العتق ؛ وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشترى أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة أنه ممنوع عبادة . فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم باع مدبرا » وربما شبهوه بالوصية . وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ـ لأنه عتق إلى أجل فأشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق . فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص ، أو العموم للخصوص . ولا خلاف بينهم أن المدبر أحكامه

فى حدوده وطلاقه وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبيد . واختلفوا من هذا الباب فى جواز وطء المدبرة ، فجمهور العلماء على جواز وطئها ؛ وروى عن ابن شهاب منع ذلك ؛ وعن الأوزاعى كراهية ذلك إذا لم يكن وطئها قبل التدبير . وعمدة الجمهور تشبيهها بأم الولد ؛ ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة إلى أجل ؛ ومنع وطء المعتقة إلى أجل شبهها بالمنكوحة إلى أجل ، وهى المتعة ؛ واتفقوا على أن للسيد فى المدبر الخدمة ، ولسيده أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال فى العبد ؛ قال مالك : إلا أن يمرض مرضا مخوفا فيكره له ذلك .

الجنس الثالث

فأما ما يتبعه فى التدبير مما لا يتبعه ، فإن من مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنى ، فقال الجمهور : ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها : وقال الشافعى فى قوله المختار عند أصحابه إنهم لا يعتقون بعتقها ؛ وأجمعوا على أنه إذا أعتقها سيدها فى حياته أنهم يعتقون بعتقها ؛ وعمدة الشافعية أنهم إذا لم يعتقوا فى العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا فى العتق المؤجل بالشرط . واحتج أيضا بإجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها ؛ والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما ، فأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة ، وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر ، وقول الشافعى مروى عن عمر ابن عبد العزيز وعطاء بن أبى رباح ومكحول ؛ وتحصيل مذهب مالك فى هذا أن كل امرأة فولدها تبع لها ، إن كانت حرة فحرة ، وإن كانت مكاتبة فمكاتب وإن كانت مدبرة فمدبر ، أو معتقة إلى أجل فعتق إلى أجل ، وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها ، وخالف فى ذلك أهل الظاهر ، وكذلك المعتق بعضه عند مالك ؛ وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه فى الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية إلى الحرية إلا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربى . وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ، إن حرا فحرا ، وإن عبدا فعبدا ، وإن مكاتبا فكاتبا . واختلفوا فى المدبر إذا تسرى فولد له فقال مالك : حكمه حكم الأب : يعنى أنه المدبر ؛ وقال

الشافعي وأبو حنيفة : ليس يتبعه ولده في التدبير . وعمدة مالك الإجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للأب ما عدا المدبر ، وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الإجماع . وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ، ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له أنه مال من ماله ، ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

الجنس الرابع

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر له حظا في عبده دون أن يدبر شريكه ونقله إلى هذا الموضع أولا ، فلينقل إليه . وأما من دبر جزءا من عبد هو له كله ، فإنه يقضي عليه بتدبير الكل ، قياسا على من بعّض العتق عند مالك .

وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير ؛ فقال مالك والشافعي : الدين يبطله ؛ وقال أبو حنيفة : ليس يبطله ويسعى في الدين ، وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة أو لبعضها . ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبدا له نصرانيا ، فيُسلم العبد قبل موت سيده ، فقال الشافعي : يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره ؛ وقال مالك : يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ، ولا يباع عليه حتى يبين لمر سيده ، فإن مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله ؛ وقال الكوفيون : إذا أسلم مدبر النصراني قوّم وسعى العبد في قيمته ، ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض إذا ضاق الثلث عنهما .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب أمهات الأولاد

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا ؟ وإن كانت لا تباع فمتى تكون أم ولد ، وبماذا تكون أم ولد ، وما يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ، ومتى تكون بحرة ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم ، فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لاتباع وأنها حرة من رأس مال سيدها إذا مات . وروى مثل ذلك عن عثمان ، وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار . وكان أبوبكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدرى يجيزون بيع أم الولد ، وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار . وقال جابر وأبو سعيد : « كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لايرى بذلك بأسا » واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال « كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من خلافة عمر ، ثم نهانا عمر عن بيعهن » ومما اعتمد عليه أهل الظاهر فى هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الإجماع ، وذلك أنهم قالوا : لما انعقد الإجماع على أنها مملوكة قبل الولادة ، وجب أن تكون كذلك بعد الولادة إلى أن يدل الدليل على غير ذلك ، وقد تبين فى كتب الأصول قوة هذا الاستدلال ، وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس ، وإنما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس ؛ وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم ، وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى ، وذلك أنهم يقولون : أليس تعرفون أن الإجماع قد انعقد على منع بيعها فى حال حملها ، فإذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الإجماع بعد وضع الحمل ، إلا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا فى هذا الأصل نقضا ، وذلك أنهم لايسلمون منع بيعها حاملا : ومما اعتمده الجمهور فى هذا الباب من الأثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى مارية سريته لما ولدت إبراهيم « أعْتَقَهَا وَلَدُهَا » ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « أَيُّمَا امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهَا حُرَّةٌ إِذَا مَاتَ » وكلا الحديثين لايثبت عند أهل الحديث ، حكى ذلك أبو عمر ابن عبد البر رحمه الله ، وهو من أهل هذا الشأن ، وربما قالوا أيضا من طريق المعنى أنها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها ، وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لايبعن فقال : خالطت لحومنا لحومهن ، ودماؤنا دماؤهن . وأما متى تكون أم ولد ، فإنهم اتفقوا

على أنها تكون أم ولد إذا ملكها قبل حملها منه ؛ واختلفوا إذا ملكها وهى حامل منه أو بعد أن ولدت منه ، فقال مالك : لاتكون أم ولد إذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها ؛ وقال أبو حنيفة : تكون أم ولد . واختلف قول مالك إذا ملكها وهى حامل ، والقياس أن تكون أم ولد فى جميع الأحوال إذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « بُعِثْتُ لأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الأَخْلَاقِ » وأما بماذا تكون أم ولد؟ فإن مالكا قال : كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة ؛ وقال الشافعى : لابد أن يؤثر فى ذلك شىء مثل الخلقة والتخطيط . واختلافهم راجع إلى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما يبقى فيها من أحكام العبودية ، فإنهم اتفقوا على أنها فى شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالأمة . وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها إلا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها إذا زنت رقت . واختلف قول مالك والشافعى هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله إياها ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، وإنما له فيها الوطء فقط ؛ وقال الشافعى : له ذلك وعمدة مالك أنه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك إجارتها ، إلا أنه يرى أن إجارة بنيها من غيره جائزة ، لأن حرمتهم عنده أضعف . وعمدة الشافعى انعقاد الإجماع على أنه يجوز له وطؤها . فسبب الخلاف تردد إجارتها بين أصلين : أحدهما وطؤها . والثانى بيعها . فيجب أن يرجح أقوى الأصلين شبها . وأما متى تكون حرة ، فإنه لاخلاف بينهم أن آن ذلك الوقت هو إذا مات السيد ، ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث ، وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول : إن المدبر يعتق من الثلث .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجنايات

والجنايات التى لها حدود مشروعة أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا ، وجنايات على الفروج وهو المسمى زنى وسفاحا ، وجنايات على الأموال ، وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمى حرابة

إذا كان بغير تأويل ، وإن كان بتأويل سمي بغيا مأخوذا على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة ، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمى غصبا ؛ وجنايات على الأعراض ، وهو المسمى قذفا ؛ وجنايات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب ، وهذه إنما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط ، وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه ، فلنبتدئ منها بالحدود التى فى الدماء فنقول : إن الواجب فى إتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال ، وهو الذى يسمى الدية ، فإذاً النظر أولا فى هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : النظر فى القصاص ، والنظر فى الدية . والنظر فى القصاص ينقسم إلى القصاص فى النفوس ، وإلى القصاص فى الجوارح . والنظر أيضا فى الديات ينقسم إلى النظر فى ديات النفوس ، وإلى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح . فينقسم أولا هذا الكتاب إلى كتابين : أولهما يرسم عليه كتاب القصاص . والثانى يرسم عليه كتاب الديات .

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : الأول : النظر فى القصاص فى النفوس ؛ والثانى : النظر فى القصاص فى الجوارح ، فلنبدأ من القصاص فى النفوس .

كتاب القصاص فى النفوس

والنظر أولا فى هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : إلى النظر فى الموجب ، أعنى الموجب للقصاص . وإلى النظر فى الواجب ، أعنى القصاص وفى أبداله إن كان له بدل . فلنبدأ أولا بالنظر فى الموجب ، والنظر فى الموجب يرجع إلى النظر فى صفة القتل والقاتل التى يجب بمجموعها والمقتول القصاص ، فإنه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ، ولا بأى قتل اتفق ، ولا من أى مقتول اتفق ، بل من قاتل محدود بقتل محدود ومقتول محدود ، إذ كان المطلوب فى هذا الباب إنما هو العدل : فلنبدأ من النظر فى القاتل ، ثم فى القتل ، ثم فى المقتول .

القول فى شروط القاتل

فنقول : إنهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل مباشرا غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المكرَه والمكرِه ، وبالجملة الآمر والمباشر ، فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجماعة : القتل على المباشر دون الآمر ، ويعاقب الآمر ؛ وقالت طائفة : يقتلان جميعا ، وهذا إذا لم يكن هنالك إكراه ولا سلطان للآمر على المأمور . وأما إذا كان للآمر سلطان على المأمور ، أعنى المباشر ، فإنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يقتل الآمر دون المأمور ، ويعاقب المأمور ، وبه قال داود وأبو حنيفة ، وهو أحد قولى الشافعى . وقال قوم : يقتل المأمور دون الآمر ، وهو أحد قولى الشافعى . وقال قوم : يقتلان جميعا ، وبه قال مالك : فن لم يوجب حدا على المأمور اعتبر تأثير الإكراه فى إسقاط كثير من الواجبات فى الشرع ، لكون المكرَه يشبه من لا اختيار له . ومن رأى عليه القتل غلّب عليه حكم الاختيار ، وذلك أن المكرَه يشبه من جهة المختار ، ويشبه من جهة المضطر المغلوب ، مثل الذى يسقط من علو ، والذى تحمله الريح من موضع إلى موضع . ومن رأى قتلهم جميعا لم يعذر المأمور بالإكراه ولا الآمر بعدم المباشرة . ومن رأى قتل الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التى لا تنطق . ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة . وقد اعتمدت المالكية فى قتل المكرَه على القتل بالقتل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل إنسانا فيأكله . وأما المشارك للقاتل عمدا فى القتل ، فقد يكون القتل عمدا وخطأ ، وقد يكون القاتل مكلفا وغير مكلف ، وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد . وأما إذا اشترك فى القتل عامد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف ، مثل عامد وصبى أو مجنون ، أو حر وعبد فى قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد ، فإن العلماء اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى : على العامد القصاص ، وعلى المخطئ والصبى نصف الدية ؛ إلا أن مالكا يجعله على العاقلة ؛ والشافعى فى ماله على ما يأتى ، وكذلك قالا

فى الحر والعبد يقتلان العبد عمدا أن العبد يقتل ، وعلى الحر نصف القيمة ، وكذلك الحال فى المسلم والذمىّ يقتلان جميعا . وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لايجب عليه القصاص ، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية ، وعمدة الحنفية أنّ هذه شبهة ، فإن القتل لا يتبعض وممكن أن تكون إفاتة نفسه من فعل الذى لاقصاص عليه كإمكان ذلك ممن عليه القصاص ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « ادْرَءُوا الحُدُودَ بالشُّبهات » وإذا لم يكن الدم وجب بدله ، وهو الدية . وعمدة الفريق الثانى النظر إلى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدماء ، فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه ، وفيه ضعف فى القياس . وأما صفة الذى يجب به القصاص ، فاتفقوا على أنه العمد ، وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان : عمد ، وخطأ . واختلفوا فى هل بينهما وسط أم لا ؟ وهو الذى يسمونه شبه العمد ، فقال به جمهور فقهاء الأمصار . والمشهور عن مالك نفيه إلا فى الابن مع أبيه ؛ وقد قيل أنه يتخرج عنه فى ذلك رواية أخرى ، وبإثباته قال عمر ابن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعرى والمغيرة ، ولا مخالف لهم من الصحابة ؛ والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد ، وذلك راجع فى الأغلب إلى الآلات التى يقع بها القتل ، وإلى الأحوال التى كان من أجلها الضرب ؛ فقال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من القضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لايقتل مثله ؛ وقال الشافعى : شبه العمد ما كان عمدا فى الضرب خطأ فى القتل : أى ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل . والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا ؛ والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا ، وهو حسن . فعمدة من نفى شبه العمد أنه لاواسطة بين الخطأ والعمد ، أعنى بين أن يقصد القتل أو لايقصده ؛ وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لايطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر . فمن قصد ضرب آخر بآلة لاتقتل غالبا كان حكمه كحكم الغالب ، أعنى حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف . ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لاتقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا فى حقنا لافى حق الآمر نفسه عند الله تعالى . أما شبهه العمد فمن

جهة ما قصد ضربه . وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل ؛ وقد روى حديث مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا إنَّ قَتْلَ الخطأ شِبْهِ العَمْدِ ما كانَ بالسَّوْطِ والعَصَا والحَجَرِ دِيَتُهُ مُغَلَّظَةٌ مائَةٌ مِنَ الإِبِلِ مِنْها أرْبَعُونَ فى بُطُونِها أوْلادُها » إلا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره أبو عمر ابن عبد البر ، وإن كان أبو داود وغيره قد خرّجه ، فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص ، وعند من أثبته تجب به الدية ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص . واختلف فى الذى يكون عمدا على جهة اللعب ، أو على جهة الأدب لمن أبيح له الأدب : وأما الشرط الذى يجب به القصاص فى المقتول ، فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل : والذى به تختلف النفوس هو الإسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثية والواحد والكثير : واتفقوا على أن المقتول إذا كان مكافئا للقاتل فى هذه الأربعة أنه يجب القصاص . واختلفوا فى هذه الأربعة إذا لم تجتمع . أما الحر إذا قتل العبد عمدا ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والشافعى والليث وأحمد وأبو ثور : لا يقتل الحر بالعبد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه ؛ وقال قوم : يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل ، وبه قال النخعى ؛ فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى - كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فى القَتْلَى الحُرُّ بالحُرِّ والعَبْدُ بالعَبْدِ - ومن قال : يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « المُسْلِمُونَ تَتَكافأُ دِماؤُهُمْ ، ويَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أدْناهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِواهُمْ » فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ، ومن فرق فضعيف . ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر ، وكذلك الأنقص بالأعلى . ومن الحجة أيضا لمن قال : يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْناهُ بِهِ » ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان قتله محرما كقتل الحر ، وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص فى الحر

وأما قتل المؤمن بالكافر الذمى ، فاختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : لايقتل مؤمن بكافر ، وممن قال به الشافعى والثورى وأحمد وداود وجماعة . وقال قوم : يقتل به ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى . وقال مالك والليث : لايقتل به إلا أن يقتله غيلة ، وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله . فعمدة الفريق الأول ما روى من حديث على أنه سأله قيس بن عبادة والأشتر هل عهد إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده إلى الناس قال : لا ، إلا ما فى كتابى هذا ، وأخرج كتابا من قراب سيفه فإذا فيه « الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ ، أَلاَ لاَيُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ ، وَلاَ ذُو عَهْدٍ فِى عَهْدِهِ ، مَنْ أَحْدَثَ حَدَثًا أَوْ آوَى مُحْدِثًا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ وَالْمَلاَئِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » خرجه أبو داود . وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لايقتل مؤمن بكافر » واحتجوا فى ذلك بإجماعهم على أنه لايقتل مسلم بالحربى الذى أمن . وأما أصحاب أبى حنيفة فاعتمدوا فى ذلك آثارا منها حديث يرويه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمانى قال « قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال : أَنَا أَحَقُّ مَنْ وَفَّى بِعَهْدِهِ » ورووا ذلك عن عمر ، قالوا : وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لايقتل مؤمن بكافر » أى أنه إريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد ، وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلمانى وما رووا من ذلك عن عمر. وأما من طريق القياس فإنهم اعتمدوا على إجماع المسلمين فى أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذمى ، قالوا : فإذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه ، فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس : وأما قتل الجماعة بالواحد ، فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وغيرهم ، سواء كثرت الجماعة أو قلت ، وبه قال عمر حتى روى أنه قال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا . وقال داود وأهل الظاهر

لاتقتل الجماعة بالواحد ، وهوقول ابن الزبير ، وبه قال الزهرى ، وروى عن جابر . وكذلك عند هذه الطائفة لاتقطع أيد بيد ، أعنى إذا اشترك اثنان فما فوق ذلك فى قطع يد ؛ وقال مالك والشافعى : تقطع الأيدى باليد ؛ وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف فقالوا : تقتل الأنفس بالنفس ، ولا يقطع بالطرف إلا طرف واحد ، وسيأتى هذا فى باب القصاص من الأعضاء . فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة ، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفى القتل كما نبه عليه الكتاب فى قوله تعالى - وَلَكُمْ فِى القِصَاصِ حَيَاةٌ يا أُولِى الأَلْبَابِ - وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة ، لكن للمعترض أن يقول : إن هذا إنما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد ، فأما إن قتل منهم واحد وهوالذى من قتله يظن إتلاف النفس غالبا على الظن ، فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على إذهاب النفوس . وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى - وكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ والعَيْنَ بِالعَيْنِ - وأما قتل الذكر بالأنثى ، فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف يحكى أنه إجماع ، إلا ما حكى عن على من الصحابة ، وعن عثمان البتى أنه إذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية : وحكى القاضى أبو الوليد الباجى فى المنتقى عن الحسن البصرى ، أنه لايقتل الذكر بالأنثى ، وحكاه الخطابى فى معالم السنن ، وهو شاذ ، ولكن دليله قوى لقوله تعالى - والأُنْثَى بالأُنْثَى - وإن كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذى فى قوله تعالى - وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - لكن يدخله أن هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا ، وهى مسئلة مختلف فيها ، أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا ؟ والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة . واختلفوا من هذا الباب فى الأب والابن ، فقال مالك : لايقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبحه ، فأما إن حذفه بسيف أوعصا فقتله لم يقتل ، وكذلك الجد عنده مع حفيده . وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى : لايقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده إذا قتله بأى وجه كان من أوجه العمد ، وبه قال جمهور العلماء . وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبى عليه الصلاة والسلام قال

« لاتُقامُ الحُدُودُ فى المَساجِدِ ولايُقادُ بالوَلَدِ الوَالِدُ » . وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فأصاب ساقه ، فنَزَى جرحه فمات ، فقدم سراقة بن جعشم على عمر ابن الخطاب فذكر ذلك له ، فقال له عمر: اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ، ثم قال : أين أخو المقتول ، فقال : ها أنا ذا ، قال : خذها ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ لِقاتِلٍ شَىْءٌ » فإن مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدا محضا ، وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لإجماعهم أن من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأما مالك فرأى لما للأب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له أن حمل القتل الذى يكون فى أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ، ولم يتهمه إذ كان ليس بقتل غيلة ، فإنما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة ، إذ كانت النيات لايطلع عليها إلا الله تعالى . فمالك لم يتهم الأب حيث اتهم الأجنبى ، لقوة المحبة التى بين الأب والابن . والجمهور إنما عللوا درء الحد عن الأب لمكان حقه على الابن ، والذى يجىء على أصول أهل الظاهر أن يقاد ، فهذا هو القول فى الموجب .

وأما القول فى الموجب

فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين : القصاص ، أو العفو إما على الدية وإما على غير الدية . واختلفوا هل الانتقال من القصاص إلى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون فى ذلك خيار للمقتص منه ، أم لاتثبت الدية إلا بتراضى الفريقين ، أعنى الولى والقاتل ، وأنه إذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى الدية لم يكن لولى الدم إلا القصاص مطلقا أو العفو ، فقال مالك : لايجب للولى إلا أن يقتص أو يعفو عن غير دية إلا أن يرضى بإعطاء الدية القاتل ، وهى رواية ابن القاسم عنه ، وبه قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وجماعة . وقال الشافعى : وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء

المدينة من أصحاب مالك وغيره : ولى الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية ، رضى القاتل أولم يرض ، وروى ذلك أشهب عن مالك ، إلا أن المشهور عنه هي الرواية الأولى . فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث أنس ابن مالك فى قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كِتابُ اللهِ القِصَاصُ » فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص . وعمدة الفريق الثانى حديث أبى هريرة الثابت « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الدِّيَةَ وَبَيْنَ أَنْ يَعْفُو » هما حديثان متفق على صحتهما ، لكن الأول ضعيف الدلالة فى أنه ليس له إلا القصاص . والثانى نص فى أن له الخيار والجمع بينهما يمكن إذا رفع دليل الخطاب من ذلك ، فإن كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير إلى الحديث الثانى واجب ؛ والجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن وأنه أولى من الترجيح ، وأيضا فإن الله عز وجل يقول ـ ولا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ـ وإذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها ، أصله إذا وجد الطعام فى مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه ، أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ؟ ويلزم على هذه الرواية إذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ، ولا سيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الإخوة . قال القاضى : وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله ، فأفتى أهل زمانه بالرواية المشهورة ، وهو أن لا ينتظر الصغير ، فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس ، فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر أن يضع فى ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس ، والنظر فى هذا الباب هو فى قسمين : فى العفو والقصاص . والنظر فى العفو فى شيئين : أحدهما فيمن له العفو ممن ليس له ، وترتيب أهل الدم فى ذلك ، وهل يكون له العفو على الدية أم لا ؟ وقد تكلمنا فى : هل له العفو على الدية . وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم ، والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره : كل من يرث ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدا إذا كان له بنون بالغون فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل ووجبت الدية

واختلفوا فى اختلاف البنات مع البنين فى العفو أو فى القصاص . وكذلك الزوجة أو الزوج والأخوات ، فقال مالك : ليس للبنات ولا الأخوات قول مع البنين والإخوة فى القصاص أو ضده ، ولا يعتبر قولهن مع الرجال ، وكذلك الأمر فى الزوجة والزوج ؛ وقال أبوحنيفة والثورى وأحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله فى إسقاط القصاص وفى إسقاط حظه من الدية ، وفى الأخذ به قال الشافعى الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء . وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية . وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هى للذكران دون الإناث . واختلف العلماء فى المقتول عمدا إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الأولياء ؟ وكذلك فى المقتول خطأ إذا عفا عن الدية ، فقال قوم : إذا عفا المقتول عن دمه فى العمد مضى ذلك ، وممن قال بذلك مالك وأبوحنيفة والأوزاعى ، وهذا أحد قولى الشافعى ؛ وقالت طائفة أخرى : لا يلزم عفوه ، وللأولياء القصاص أو العفو ، وممن قال به أبو ثور وداود ، وهو قول الشافعى بالعراق . وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولى فى ثلاث : إما العفو ، وإما القصاص ، وإما الدية . وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف . وعمدة الجمهور أن الشىء الذى جعل للولى إنما هو حق المقتول ، فناب فيه منابه وأقيم مقامه ، فكان المقتول أحق بالخيار من الذى أقيم مقامه بعد موته . وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى - فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ - أن المراد بالمتصدق ههنا هو المقتول يتصدق بدمه . وإنما اختلفوا على من يعود الضمير فى قوله - فهو كفارة له - فقيل على القاتل لمن رأى له توبة ، وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه . وأما اختلافهم فى عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعى وأبوحنيفة وجمهور فقهاء الأمصار : إن عفوه من ذلك فى ثلثه إلا أن يجيزه الورثة ؛ وقال قوم : يجوز فى جميع ماله ، وممن قال به طاوس والحسن . وعمدة الجمهور أنه واهب مالا له بعد موته فلم يجز إلا فى الثلث ، أصله الوصية . وعمدة الفرقة الثانية أنه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال ، وهذه المسئلة هى أخص بكتاب الديات . واختلف العلماء إذا عفا المجروح عن الجراحات ، فمات منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا ؟ فقال مالك : لهم

ذلك إلا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تئول إليه ؛ وقال أبو يوسف ومحمد إذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم ، والعفو عن الجراحات عفو عن الدم ؛ وقال قوم : بل تلزمهم الدية إذا عفا عن الجراحات مطلقا ، وهؤلاء اختلفوا ، فمنهم من قال : تلزم الجارح الدية كلها ، واختاره المزنى من أقوال الشافعى ؛ ومنهم من قال : يلزم من الدية مابقى منها بعد إسقاط دية الجرح الذى عفا عنه ، وهو قول الثورى . وأما من يرى أنه لايعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف فى أنه لايسقط ذلك طلب الولى الدية ، لأنه إذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولى ، فأحرى أن لايسقط عفوه عن الجرح . واختلفوا فى القاتل عمدا يعفى عنه ، هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا ؟ فقال مالك والليث : إنه يجلد مائة ويسجن سنة ، وبه قال أهل المدينة ، وروى ذلك عن عمر ؛ وقالت طائفة : الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لا يجب عليه ذلك ؛ وقال أبو ثور : إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى . ولا عمدة للطائفة الأولى إلا أثر ضعيف . وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد فى ذلك لايكون إلا بتوقيف ، ولا توقيف ثابت فى ذلك .

القول فى القصاص

والنظر فى القصاص هو فى صفة القصاص ، وممن يكون ؟ ومتى يكون ؟ فأما صفة القصاص فى النفس ، فإن العلماء اختلفوا فى ذلك ، فمنهم من قال : يقتص من القاتل على الصفة التى قتل ، فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ، ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك ، وبه قال مالك والشافعى ، قالوا : إلا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح . واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر ، هل يحرق مع موافقتهم لمالك فى احتذاء صورة القتل ؟ وكذلك فيمن قتل بالسهم ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : بأى وجه قتله لم يقتل إلا بالسيف . وعمدتهم ماروى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاقَوَدَ إلاّ بِحَدِيدَةٍ » . وعمدة الفريق الأول حديث أنس « أن يهوديا رضخ رأس امرأة بحجر ، فرضخ النبى صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر ، أو قال : بين حجرين » وقوله - كتب عليكم القصاص فى القتلى - والقصاص يقتضى المماثلة

وأما ممن يكون القصاص فالظاهر أنه يكون من ولى الدم، وقد قيل إنه لايمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه . وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته ، والإعذار إلى القاتل فى ذلك إن لم يكن مقرا . واختلفوا هل من شرط القصاص أن لايكون الموضع الحرم . وأجمعوا على أن الحامل إذا قتلت عمدا أنه لايقاد منها حتى تضع حملها . واختلفوا فى القاتل بالسيف والجمهور على وجوب القصاص ؛ وقال بعض أهل الظاهر : لايقتص منه من أجل أنه عليه الصلاة والسلام سُمَّ هو وأصحابه ، فلم يتعرض لمن سمه .

كمل كتاب القصاص فى النفس .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجراح

والجراح صنفان : منها مافيه القصاص أو الدية أو العفو . ومنها ما فيه الدية أو العفو . ولنبدأ بما فيه القصاص ، والنظر أيضا هاهنا فى شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح ، وفى الحكم الواجب الذى هو القصاص ، وفى بدله إن كان له بدل .

القول فى الجارح

ويشترط فى الجارح أن يكون مكلفا كما يشترط ذلك فى القاتل ، وهو أن يكون بالغاعاقلا ، والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف ، وإن كان الخلاف فى مقداره ، فأقصاه ثمانية عشر سنة ، وأقله خمسة عشر سنة ، وبه قال الشافعى ، ولا خلاف أن الواحد إذا قطع عضو إنسان واحد اقتص منه إذا كان مما فيه القصاص . واختلفوا إذا قطعت جماعة عضوا واحدا ، فقال أهل الظاهر : لاتقطع يدان فى يد ؛ وقال مالك والشافعى : تقطع الأيدى باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة ؛ وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف ، فقالوا : لاتقطع أعضاء بعضو ، وتقتل أنفس بنفس ، وعندهم أن الأطراف تتبعض ، وإزهاق النفس لايتبعض . واختلف فى الإنبات ، فقال الشافعى : هو بلوغ بإطلاق . واختلف المذهب فيه فى الحدود ، هل هو بلوغ

فيها أم لا ؟ والأصل في هذا كله حديث بني قريظة « أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي » كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة .

القول في المجروح

وأما المجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا لدم الجارح والذى يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر . أما العبد والحر فإنهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس ؛ فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ، ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ؛ ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ، ولم يفرق بين الجرح والنفس ؛ ومنهم من فرق فقال : يقتص من الأعلى للأدنى في النفس والجرح ؛ ومنهم من قال : يقتص من النفس دون الجرح ، وعن مالك الروايتان . والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح ، فهذه هي حال العبيد مع الأحرار . وأما حال العبيد بعضهم مع بعض ، فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال : أحدها أن القصاص بينهم في النفس وما دونها ، وهو قول الشافعي وجماعة ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب ، وهو قول مالك . والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وأنهم كالبهائم ، وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة . والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها ، وبه قال أبو حنيفة والثورى ، وروى ذلك عن ابن مسعود . وعمدة الفريق الأول قوله تعالى ـ والعبد بالعبد ـ . وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين « أن عبدا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء ، فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه » فهذا هو حكم النفس .

القول في الجرح

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد ، أعني الجرح الذى يجب فيه القصاص ، والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح

المجروح أو لايتلف ، فإن كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا . وأما إن جرحه على وجه اللعب أو اللعب بما لايجرح به غالبا أوعلى وجه الأدب ، فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذى يقع فى القتل الذى يتولد عن الضرب فى اللعب والأدب بما لا يقتل غالبا ، فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول إن القاتل بالمثقل لا يُقتل وهو شذوذ منه ، أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أوالدية إن كان الجرح مما فيه الدية . وأما إن كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح ، فمن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف ، وفى تمييز العمد منه من غير العمد خلاف . أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا ، أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف أن فيه القصاص . وأما إن ضربه بلطمة أو سوط أوما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقأ عينه ، فالذى عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه ، وفيه الدية مغلظة فى ماله وهى رواية العراقيين عن مالك ، والمشهور فى المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا فى الأب مع ابنه ؛ وذهب أبوحنيفة وأبويوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو فى النفس لافى الجرح . وأما إن جرحه فأتلف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان : أحدهما وجوب القصاص ، والثانى نفيه . وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قبل الدية مغلظة ، وقيل دية الخطأ ، أعنى فيما فيه دية ، وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف . وأما ما يجب فى جراح العمد إذا وقعت على الشروط التى ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى - والجروح قصاص - وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها ، وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس ، وإنما صاروا لهذا لما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود فى المأمومة والمنقلة والجائفة » فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان فى معنى هذه من الجراح التى هى متالف ، مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك . وقد اختلف قول مالك فى المنقلة ، فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدية ؛ وكذلك الأمر عند مالك فيما لايمكن فيه التساوى فى القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ، ويمنع القصاص أيضا عند مالك عدم المثل

مثل أن يفقأ أعمى عين بصير : واختلفوا من هذا فى الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا ، فقال الجمهور : إن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود ، واختلفوا إذا عفا عن القود ، فقال قوم : إن أحب فله الدية كاملة ألف دينار ، وهو مذهب مالك ، وقيل ليس له إلا نصف الدية ، وبه قال الشافعى ، وهو أيضا منقول عن مالك ، وبقول الشافعى قال ابن القاسم ، وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذى فقئت عينه إلا القود أو ما اصطلحا عليه ؛ وقد قيل لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة ، روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان : وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة عينين ، فمن فقأها فى واحدة فكأنه اقتص من اثنين فى واحدة ، وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه إذا ترك القود أن له دية كاملة ، ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ؛ ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لأصله ، فتأمله فإنه بين بنفسه والله أعلم : وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية ، أم ليس له إلا القصاص فقط إلا أن يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين فى القتل ، وكذلك أحد قولى مالك فى الأعور يفقأ عين الصحيح : أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف فى ذلك .

وأما متى يستقاد من الجرح ؟ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح إلا بعد اندماله ، وعند الشافعى على الفور؛ فالشافعى تمسك بالظاهر ، ومالك رأى أن يعتبر ما يئول إليه أمر الجرح مخافة أن يفضى إلى إتلاف النفس . واختلف العلماء فى المقتص من الجرح يموت المقتص من ذلك الجرح ، فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد لا شىء على المقتص ، وروى عن على وعمر مثل ذلك ، وبه قال أحمد وأبو ثور وداود ؛ وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة : إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية ؛ وقال بعضهم : هى فى ماله . وقال عثمان البتى : يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التى اقتص منها ، وهو قول ابن مسعود . فعمدة الفريق الأول إجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شىء على الذى قطع يده . وعمدة أبى حنيفة أنه قتل خطأ وجبت فيه الدية ؛ ولا يقاد عند مالك فى الحر الشديد ولا البرد الشديد، ويؤخر

ذلك مخافة أن يموت المقاد منه ؛ وقد قيل إن المكان شرط فى جواز القصاص وهو غير الحرم ، فهذا هو حكم العمد فى الجنايات على النفس وفى الجنايات على أعضاء البدن ، وينبغى أن نصير إلى حكم الخطأ فى ذلك ، ونبتدئ بحكم الخطأ فى النفس .

كتاب الديات فى النفوس

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى - وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أَهْلِهِ إلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا - والديات تختلف فى الشريعة بحسب اختلاف الدماء ، وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية ، وأيضا تختلف بحسب العمد إذا رضى بها إما الفريقان ، وإما من له القود على ماتقدم من الاختلاف . والنظر فى الدية هو فى موجبها ، أعنى فى أى قتل تجب ، ثم فى نوعها وفى قدرها ، وفى الوقت الذى تجب فيه ، وعلى من تجب . فأما فى أى قتل تجب ، فإنهم اتفقوا على أنها تجب فى قتل الخطأ وفى العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبى ، وفى العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل ، مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ . ومنه ما اختلفوا فيه ، وقد تقدم صدر من ذلك ، وسيأتى بعد ذلك اختلافهم فى تضمين الراكب والسائق والقائد .

وأما قدرها ونوعها ، فإنهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الإبل مائة من الإبل ، وهى فى مذهب مالك ثلاث ديات : دية الخطأ ، ودية العمد إذا قبلت ، ودية شبه العمد . وهى عند مالك فى الأشهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه . وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط : مخففة ومغلظة . فالمخففة دية الخطأ ، والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد . وأما أبوحنيفة فالديات عنده اثنان أيضا : دية الخطأ ، ودية شبه العمد ، وليس عنده دية فى العمد ، وإنما الواجب عنده فى العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل ، وهو معنى قول مالك المشهور ، لأنه إذا لم تلزمه الدية عنده إلا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية إلا ماروى عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ، ودية العمد عنده أرباع : خمس وعشرون بنت

مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وهو قول ابن شهاب وربيعة ، والدية المغلظة عنده أثلاثا : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة وهى الحوامل ، ولا تكون المغلظة عنده فى المشهور إلا فى مثل فعل المدلجى بابنه ؛ وعند الشافعى أنها تكون فى شبه العمد أثلاثا أيضا ، وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد بن ثابت ؛ وقال أبو ثور : الدية فى العمد إذا عفا ولى الدم أخماسا كدية الخطأ . واختلفوا فى أسنان الإبل فى دية الخطأ ، فقال مالك والشافعى : هى أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكرا ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، أعنى التخميس ، إلا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكرا ، وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا ؛ وروى عن سيدنا علىّ أنه جعلها أرباعا ، أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون . وإليه ذهب عمر بن عبد العزيز ، ولا حديث فى ذلك مسند ، فدل على الإباحة - والله أعلم - كما قال أبو عمر بن عبد البر . وخرّج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « فى دِيَةِ الخَطَأِ عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ ذُكُورٍ وَعِشْرُونَ بَنَاتِ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً وَعِشْرُونَ حِقَّةً » واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روى عن حنيف ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال : وأحب إلىّ فى ذلك الرواية عن علىّ ، لأنه لم يختلف فى ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود . وخرّج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الإبل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بنى لبون ذكر » قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء إن دية الخطأ أخماس ، وإن كانوا اختلفوا فى الأصناف ؛ وقد روى أن دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبى والنخعى والحسن البصرى ، وهؤلاء جعلوها : خمسا وعشرين جذعة ، وخمسا وعشرين حقة ، وخمسا وعشرين بنات لبون ، وخمسا وعشرين بنات مخاض ، كما روى عن علىّ وخرجه

أبو داود ، وإنما صار الجمهور إلى تخميس دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنى مخاض ذكر ، وإن كان لم يتفقوا على بنى المخاض لأنها لم تذكر فى أسنان فيها ، وقياس من أخذ بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربيع فى شبه العمد إن ثبت هذا : النوع الثالث أن يقول فى دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعي ، ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه . فهذا هو مشهور أقاويلهم فى الدية التى تكون من الإبل على أهل الإبل . وأما أهل الذهب والورق فإنهم اختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم ؛ فقال مالك : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ؛ وقال أهل العراق : على أهل الورق عشرة آلاف درهم ؛ وقال الشافعى بمصر : لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك . وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار ، وعلى أهل الورق باثنى عشر ألف درهم . وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر أنه قوّم الدينار بعشرة دراهم ، وإجماعهم على تقويم المثقال بها فى الزكاة . وأما الشافعى فيقول : إن الأصل فى الدية إنما هو مائة بعير ، وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب ، واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق ، لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق فى زمانه ، والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين . قال : فكان ذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيبا فقال : : إن الإبل قد غلت ، ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة ، وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئا . و احتج بعض الناس لمالك لأنه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين ، لإجماعهم أن الدية فى الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ؛ ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ إلا من الإبل أو الذهب أو الورق . وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء

السبعة المدنيون : يوضع على أهل الشاة ألفاشاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة ، وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم ، وما أسنده أبو بكر بن أبى شيبة عن عطاء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس فى أموالهم ما كانت على أهل الإبل مائة بعير ، وعلى أهل الشاة ألفا شاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة » وماروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير . قال : فإن كان الذى أصابه من الأعراب فديته من الإبل لايكلف الأعرابى الذهب ولا الورق ، فإن لم يجد الأعرابى مائة من الإبل فعد لها من الشاة ألف شاة . ولأن أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصا . وعمدة الفريق الأول أنه لوجاز أن تقوّم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام ، وبالخيل على أهل الخيل ، وهذا لايقول به أحد . والنظر فى الدية كما قلت هو فى نوعها ، وفى مقدارها ، وعلى من تجب ، وفيما تجب ، ومتى تجب ؟ . أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه فى الذكور الأحرار المسلمين . وأما على من تجب ؟ فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى ـ ولاتَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ومن قوله عليه الصلاة والسلام لأبى زمنة لولده « لا يَجْنِى عَلَيْكَ ولا تَجْنِى عَلَيْهِ » . وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولامخالف له من الصحابة أنه قال : لاتحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولاصلحا فى عمد ، وجمهورهم على أنها لاتحمل من أصاب نفسه خطأ ؛ وشذ الأوزاعى فقال : من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية ، وكذلك عندهم فى قطع الأعضاء : وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ ، فقضى له عمر بديتها على عاقلته . واختلفوا فى دية شبه العمد ، وفى الدية المغلظة على قولين : واختلفوا فى دية ما جناه المجنون والصبى على من تجب ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة إنه كله يحمل على العاقلة ؛ وقال الشافعى عمد الصبى فى ماله : وسبب اختلافهم تردد فعل الصبى بين العامد والمخطئ ؛

فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية فى ماله ؛ ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة ، وكذلك اختلفوا إذا اشترك فى القتل عامد وصبى ، والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبى الدية اختلفوا على من تكون ؟ فقال الشافعى : على أصله فى مال الصبى ؛ وقال مالك : على العاقلة ؛ وأما أبو حنيفة فيرى أن لاقصاص بينهما . وأما متى تجب ؟ فإنهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة فى ثلاث سنين ، وأما دية العمد فحالة إلا أن يصطلحا على التأجيل . وأما من هم العاقلة ، فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هى القرابة من قبل الأب ، وهم العصبة دون أهل الديوان ، وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصبة ، إلا داود فإنه لم ير الموالى عصبة ، وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك ؛ وقال الشافعى : على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار ، وهى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم ، فالأقرب من بنى أبيه ، ثم من بنى جده ، ثم من بنى بنى أبية ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان . وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى زمان أبى بكر ولم يكن هناك ديوان ؛ وإنما كان الديوان فى زمن عمر بن الخطاب . واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاحِلْفَ فى الإسْلام ، وأيُّمَا حِلْفٍ كانَ فى الجاهِلِيَّةِ فَلا يَزِيدُهُ الإسْلامُ إلاَّ قُوَّةً » . وبالجملة فتمسكوا فى ذلك بنحو تمسكهم فى وجوب الولاء للحلفاء . واختلفوا فى جناية من لاعصبة له ولا موالى وهم السائبة إذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا ؟ ، وإن كان فعلى من يكون ؟ فقال من لم يجعل لهم موالى : ليس على السائبة عقل ، وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى ، وهو داود وأصحابه . وقال : من جعل ولاءه لمن أعتقه عليه عقله ، وقال : من جعل ولاءه للمسلمين عقله فى بيت المال ، ومن قال إن للسائبة أن يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه ، وكل هذه الأقاويل قد حكيت عن السلف . والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه ، والمؤثر فى نقصان الدية هى الأنوثة والكفر والعبودية : أما دية المرأة فإنهم اتفقوا على أنها على

النصف من دية الرجل فى النفس فقط . واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ماسيأتى القول فيه فى ديات الجروح والأعضاء . وأما دية أهل الذمة إذا قتلوا خطأ ، فإن للعلماء فى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ، ونساؤهم على النصف من نسائهم ، وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز ، وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين . والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم ، وبه قال الشافعى ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان ابن عفان ، وقال به جماعة من التابعين . والقول الثالث : أن ديتهم مثل دية المسلمين ، وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة ، وهو مروى عن ابن مسعود ، وقد روى عن عمر وعثمان ، وقال به جماعة من التابعين . فعمدة الفريق الأول ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « دِيَةُ الكافِرِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ المُسْلِمِ » وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى ـ وإنْ كانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثاق فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ـ . ومن السنة ما رواه معمر عن الزهرى قال : دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم . قال : وكانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية ، فجعل فى بيت المال نصفها ، وأعطى أهل المقتول نصفها ، ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله معاوية فى بيت المال ، قال الزهرى : فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة . وأما إذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من لايرى القصاص فيه ، فقال قوم : عليه قيمته بالغة مابلغت وإن زادت على دية الحر ، وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف ، وهو قول سعيد ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز . وقال أبو حنيفة ومحمد: لايتجاوز بقيمة العبد الدية ؛ وقالت طائفة من فقهاء الكوفة : فيه الدية ، ولكن لايبلغ به دية الحر ينقص منها شيئا . وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص ، فوجب أن لاتزيد قيمته على دية الحر . وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه

مكلف ناقص ، فوجب أن يكون الحكم ناقصا عن الحر لكن واحدا بالنوع أصله الحد فى الزنى والقذف والخمر والطلاق ، ولو قيل فيه إنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه : أعنى فى دية الخطأ ، لكن لم يقل به أحد . وعمدة مالك أنه مال قد أتلف فوجب فيه القيمة ، أصله سائر الأموال . واختلف فى الواجب فى العبد على من يجب ؟ فقال أبو حنيفة : هو على عاقلة القاتل ، وهو الأشهر عن الشافعى ؛ وقال مالك : هو على القاتل نفسه : وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض . وعمدة الشافعى قياسه على الحر .

ومما يدخل فى هذا الباب من أنواع الخطأ دية الجنين ، وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدا محضا ، وإنما هو عمد فى أمه خطأ فيه . والنظر فى هذا الباب هو أيضا فى الواجب فى ضروب الأجنة وفى صفة الجنين الذى يجب فيه الواجب ، وعلى من تجب ، ولمن يجب ، وفى شروط الوجوب . فأما الأجنة فإنهم اتفقوا على أن الواجب فى جنين الحرة وجنين الأمة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة وغيره « أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها ، فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة » واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة فى ذلك عند من رأى أن الغرة فى ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هى نصف عشر دية أمه ؛ إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هى عشرة آلاف درهم قال : دية الجنين خمسمائة درهم ؛ ومن رأى أنها اثناعشر ألف درهم قال : ستمائة درهم ؛ والذين لم يحدوا فى ذلك حدا أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا إخراج قيمتها عنها قالوا : الواجب فى ذلك قيمة الغرة بالغة مابلغت ؛ وقال داود وأهل الظاهر : كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ، ولا يجزئ عنده القيمة فى ذلك فيما أحسب . واختلفوا فى الواجب فى جنين الأمة وفى جنين الكتابية ؛ فذهب مالك والشافعى إلى أن فى جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكرا كان أو أنثى يوم يجنى عليه ؛ وفرق قوم بين الذكر والأنثى ، فقال قوم : إن كان أنثى فيه عشر قيمة أمه ، وإن كان ذكرا فعشر قيمته لو كان حيا ، وبه قال أبو حنيفة ، ولا خلاف عندهم أن جنين الأمة إذا سقط حيا أن فيه قيمته ؛ وقال أبو يوسف : فى جنين الأمة إذا سقط ميتا منها ما نقص

من قيمة أمه . وأما جنين الذمية ، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيه عشر دية أمه ، لكن أبو حنيفة على أصله فى أن دية الذمى دية المسلم ، والشافعى على أصله فى أن دية الذمى ثلث دية المسلم ، ومالك على أصله فى أن دية الذمى نصف دية المسلم . وأما صفة الجنين الذى تجب فيه فإنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا تموت أمه من الضرب . واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا ، فقال الشافعى ومالك : لاشىء فيه ؛ وقال أشهب : فيه الغرة ، وبه قال الليث وربيعة والزهرى . واختلفوا من هذا الباب فى فروع ، وهى العلامة التى تدل على سقوطه حيا أو ميتا . فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأكثر الفقهاء : كل ما علمت به الحياة فى العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحى ، وهو الأظهر . واختلفوا من هذا الباب فى الخلقة التى توجب الغرة ، فقال مالك : كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة ؛ وقال الشافعى : لاشىء فيه حتى تستبين الخلقة . والأجود أن يعتبر نفخ الروح فيه ، أعنى أن يكون تجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من تجب ؟ فإنهم اختلفوا فى ذلك ؛ فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حىّ والحسن البصرى : هى فى مال الجانى ؛ وقال آخرون : هى على العاقلة ، وممن قال بذلك الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة . وعمدتهم أنها جناية خطأ فوجبت على العاقلة ؛ وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها » . وأما مالك فشبهها بدية العمد إذا كان الضرب عمدا . وأما لمن تجب ؟ فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة : هى لورثة الجنين ، وحكمها حكم الدية فى أنها موروثة ؛ وقال ربيعة والليث : هى للأم خاصة ، وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ، ومن الواجب الذى اختلفوا فيه فى الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة ، فذهب الشافعى إلى أن فيه الكفارة واجبة ؛ وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها : فأما الشافعى فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة فى العمد والخطأ . وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد ،

والكفارة لاتجب عنده فى العمد . وأما مالك فلما كانت الكفارة لاتجب عنده فى العمد وتجب فى الخطأ ، وكان هذا مترددا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها . ومن أنواع الخطأ المختلف فيه ، اختلافهم فى تضمين الراكب والسائق والقائد ؛ فقال الجمهور : هم ضامنون لما أصابت الدابة ، واحتجوا فى ذلك بقضاء عمر على الذى أجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل . وقال أهل الظاهر : لاضمان على أحد فى جرح العجماء ، واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام « جُرْحُ العَجْمَاءِ جُبَارٌ ، وَالبِئْرُ جُبَارٌ ، والمَعْدِنُ جُبَارٌ ، وفى الرِّكَازِ الخُمُسُ » فحمل الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن بالدابة راكب ولا سائق ولا قائد ، لأنهم رأوا أنه إذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق ، فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ . واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها ، فقال مالك لاشىء فيه إن لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئا يبعثها به على أن ترمح برجلها ؛ وقال الشافعى : يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى ، وسوّيا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبوحنيفة ، إلا أنه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب ، وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم « الرِّجل جُبَار » ولم يصح هذا الحديث عند الشافعى ورده . وأقاويل العلماء فيمن حفر بئرا فوقع فيه إنسان متقاربة ؛ فقال مالك : إن حفر فى موضع جرت العادة الحفر فى مثله لم يضمن وإن تعدى فى الحفر ضمن ؛ وقال الليث : إن حفر فى أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لايملك ضمن ، فمن ضمن عنده فهو من نوع الخطأ . وكذلك اختلفوا فى الدابة الموقوفة ، فقال بعضهم : إن أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن ، وإن لم يفعل ضمن ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبوحنيفة : يضمن على كل حال ، وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه ، كما لايبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وإن كان الركوب مباحا . واختلفوا فى الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما ؛ فقال مالك وأبو حنيفة

وجماعة : على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة ؛ وقال الشافعى وعثمان البتى : على كل واحد منهما نصف دية صاحبه ، لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه . وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة فى الختان ، وما أشبه ذلك ، لأنه فى معنى الجانى خطأ ؛ وعن مالك رواية : أنه ليس عليه شىء ، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد ، وقد ورد فى ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ الطِّبُّ فَهُوَ ضَامِنٌ » والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ، ومن أهل العلم من جعله فى مال الطبيب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها فى ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب . ولا خلاف بينهم أن الكفارة التى نص الله عليها فى قتل الحر خطأ واجبة . واختلفوا فى قتل العمد هل فيه كفارة ؟ وفى قتل العبد خطأ ، فأوجبها مالك فى قتل الحر فقط فى الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعى فى العمد من طريق الأولى والأحرى ؛ وعند مالك أن العمد فى هذا حكمه حكم الخطأ . واختلفوا فى تغليظ الدية فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام ؛ فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبى ليلى : لاتغلظ الدية فيهما ؛ وقال الشافعى : تغلظ فيهما فى النفس وفى الجراح . وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم أنه يزاد فيها مثل ثلثها ، وروى ذلك عن عمر ، وكذلك عند الشافعى من قتل ذا رحم محرم . وعمدة مالك وأبى حنيفة عموم الظاهر فى توقيت الديات ، فمن ادعى فى ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لاتغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما . وعمدة الشافعى أن ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس ، وإذا روى عن الصحابة شىء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ، ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع ، وللفريق الثانى أن يقول إنه قد ينقدح فى ذلك قياس لما ثبت فى الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه ،

كتاب الديات فيما دون النفس

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء ، فلنبدأ بالقول في الشجاج ، والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب ، وعلى من تجب ؟ ومتى تجب ؟ ولمن تجب ؟ فأما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء ، والشجاج عشرة في اللغة والفقه : أولها الدامية وهي التي تدمى الجلد ، ثم الخارصة وهي التي تشق الجلد ، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم : أي تشقه ، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ، ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها : الملطاء بالمد والقصر ، ثم الموضحة وهي التي توضح العظم : أي تكشفه ، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ، ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ، ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ، ثم الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف ، وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن ، واسم الجرح يختص بما وقع في البدن ، فهذه أسماء هذه الشجاج . فأما أحكامها أعني الواجب فيها ، فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطأ . واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل ، وإنما فيها حكومة ، قال بعضهم : أجرة الطبيب ، إلا ما روى عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة ، وروى عن علي أنه قضى فيها بأربع من الإبل ، وروى عن زيد بن ثابت أنه قال : في الدامية بعير ، وفي الباضعة بعيران ، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة ، والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا ؛ وذلك أن الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وقتت فيه السنة حدا ؛ ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة أن تبرأ على شين ، والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام ما دون الموضحة . فأما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها إذا كانت خطأ خمسا من الإبل ، وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمرو بن حزم ، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « فى المُوضِحةِ خَمْسٌ » يعنى من الإبل ؛ واختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا ، أعنى على وجوب القصاص فى العمد ووجوب الدية فى الخطأ منها ، فقال مالك : لاتكون الموضحة إلا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الأعلى ، ولا تكون فى اللحى الأسفل لأنه فى حكم العنق ولا فى الأنف ؛ وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس ؛ والجمهور على أنها لاتكون فى الجسد وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة فى الجنب ؛ وقال الأوزاعى : إذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس . وروى عن عمر أنه قال : فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو . وغلظ بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرأ على شين ، فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها ، وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، واضطرب قول مالك فى ذلك ، فمرة قال بقول سليمان بن يسار ، ومرة قال : لايزاد فيها على عقلها شيء ، وبه قال الجمهور ؛ وقد قيل عن مالك إنه قال : إذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ، ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته أن لو كان عبدا . وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، ولا مخالف له من الصحابة ؛ وقال بعض العلماء : الهاشمة هى المنقلة وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ ، فأما إذا كانت عمدا ، فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة . وأما الهاشمة فى العمد ، فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود . ومن أجاز القود من المنقلة كان أحرى أن يجيز ذلك من الهاشمة . وأما المأمومة فلا خلاف أنه لايقاد منها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن ابن الزبير . وأما الجائفة فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لامن جراح الرأس وأنها لايقاد منها وأن فيها ثلث الدية وأنها جائفة متى وقعت فى الظهر والبطن . واختلفوا إذا وقعت فى غير ذلك من الأعضاء فنفذت إلى تجويفه ، فحكى مالك عن سعيد بن المسيب أن فى كل جراحة نافذة إلى تجويف عضو من الأعضاء - أىّ عضو كان - ثلث دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب أنه كان لايرى ذلك وهو الذى اختاره مالك

لأن القياس عنده فى هذا لايسوغ ، وإنما سنده فى ذلك الأجتهاد من غير توقيف وأما سعيد فإنه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر فى موضحة الجسد . وأما الجراحات التى تقع فى سائر الجسد فليس فى الخطأ منها إلا الحكومة .

القول فى ديات الأعضاء

والأصل فيما فيه من الأعضاء إذا قطع خطأ مال محدود ، وهو الذى يسمى دية ، وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فى العقول « إنَّ فى النَّفْسِ مائةٌ مِنَ الإبِلِ ، وفى الأنْفِ إذَا اسْتُوعِبَ جَدْعاً مائةٌ مِنَ الإبِلِ ، وفى المَأْمُومَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ، وفى الجائِفَةِ مِثْلُها وفى العَيْنَيْنِ خَمْسُونَ ، وفى اليَدِ خَمْسونَ ، وفى الرِّجْلِ خَمْسُونَ ، وفى كُلِّ أُصْبُعٍ مِمَّا هُنالِكَ عَشْرٌ مِنَ الإبِلِ ، وفى السِّنِّ والمُوضِحَةِ خَمْسٌ » وكل هذا مجمع عليه إلا السن والإبهام ، فإنهم اختلفوا فيها على ماسنذكره ، ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياساً على ماذكر فنقول : إن العلماء أجمعوا على أن فى الشفتين الدية كاملة ، والجمهور على أن فى كل واحدة منهما نصف الدية ؛ وروى عن قوم من التابعين أن فى السفلى ثلثى الدية لأنها تحبس الطعام والشراب ، وبالجملة فإن حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا ، وهو مذهب زيد بن ثابت . وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوي متفقون على أن فى كل زوج من الإنسان الدية ما خلا الحاجبين وثديى الرجل . واختلفوا فى الأذنين متى تكون فيهما الدية ؟ فقال الشافعى وأبوحنيفة والثورى والليث : إذا اصطلمتا كان فيهما الدية ، ولم يشترطوا إذهاب السمع ، بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده أنه لاتجب فى الأذنين الدية إلا إذا ذهب سمعهما ، فإن لم يذهب ففيه حكومة . وروى عن أبى بكر أنه قضى فى الأذنين بخمس عشرة من الإبل وقال : إنهما لايضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة . وروى عن عمر وعلى وزيد أنهم قضوا فى الأذن إذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور

من العلماء فلا خلاف عندهم أن فى ذهاب السمع الدية ۞ وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة ؛ وقال أبو حنيفة : فيهما الدية ، وكذلك فى أشفار العين ؛ وليس عند مالك فى ذلك إلا حكومة . وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود أنه قال : فى كل اثنين من الإنسان الدية وتشبيههما بما أجمعوا عليه من الأعضاء المثناة ۞ وعمدة مالك أنه لامجال فيه للقياس وإنما طريقه التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالأصل أن فيه حكومة ، وأيضا فإن الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فعل بين ، أعنى ضروريا فى الخلقة ۞ وأما الأجفان فقيل فى كل جفن منها ربع الدية ، وبه قال الشافعى والكوفى ، لأنه لابقاء للعين دون الأجفان ، وفى الجفنين الأسفلين عند غيرهما الثلث وفى الأعليين الثلثان ۞ وأجمعوا على أن من أصيب من أطرافه أكثر من ديته أن له ذلك ، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان ۞ وأما الأنثيان فأجمعوا أيضا على أن فيهما الدية ، وقال جميعهم : إن فى كل واحدة منهما نصف الدية ، إلا ما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : فى البيضة اليسرى ثلثا الدية لأن الوالد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية ، فهذه مسائل الأعضاء المزدوجة ۞ وأما المفردة فإن جمهورهم على أن فى اللسان خطأ الدية ، وذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وذلك إذا قطع كله أو قطع منه ما يمنع الكلام ، فإن لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة ۞ واختلفوا فى القصاص فيه عمدا ؛ فمنهم من لم ير فيه قصاصا وأوجب الدية ، وهم مالك والشافعى والكوفى ؛ لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى ، والكوفى ومالك على العاقلة ؛ وقال الليث وغيره : فى اللسان عمدا القصاص ۞ وأما الأنف فأجمعوا على أنه إذا أوعب جدعا على أن فيه الدية على ما فى الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم أو لم يذهب ، وعنده أنه إذا ذهب أحدهما ففيه الدية ، وفى ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة ۞ وأجمعوا على أن فى الذكر الصحيح الذى يكون به الوطء الدية كاملة ۞ واختلفوا فى ذكر العنين والخصى ، كما اختلفوا فى لسان الأخرس وفى اليد الشلاء ؛ فمنهم من جعل فيها الدية ؛ ومنهم من جعل فيها حكومة ؛ ومنهم من قال : فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية ؛ والذى عليه الجمهور أن فيه حكومة ۞ وأقل ما تجب

فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ؛ ثم فى باقى الذكر حكومة وأما عين الأعور فللعلماء فيه قولان أحدهما أن فيه الدية كاملة ، وإليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة ، وبه قال الليث ، وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى : فيها نصف الدية كما فى عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين : وعمده الفريق الأول أن العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعا لغير الأعور . وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو ابن حزم : أعنى عموم قوله « وفى العين نصفُ الدّيَة ، وقياسا أيضا على إجماعهم أنه ليس على من قطَع يد من له يد واحدة إلا نصف الدية . فسبب اختلافهم فى هذا معارضة العموم للقياس ، ومعارضة القياس للقياس ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن على رضى الله عنه أنه أمر بالذى أصيب بصره بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها ، فخط عند أول ذلك خطا فى الأرض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه فى الأرض خطاً ، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه قدر ذلك من الدية . ويختبر صدقه فى مسافة إدراك العين العليلة والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مراراً شتى فى مواضع مختلفة ، فإن خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا أنه صادق . واختلف العلماء فى الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها ؛ فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة : فيها حكومة ؛ وقال زيد بن ثابت : فيها عشر الدية مائة دينار ؛ وحمل ذلك الشافعى على أنه كان ذلك من زيد تقويما لاتقويتا : وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا فى العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء فى كل واحدة منها ثلث الدية : وقال مالك : تتم دية السن باسودادها ثم فى قلعها بعد اسودادها حكومة : واختلف العلماء فى الأعور يفقأ عين الصحيح عمداً ؛ فقال الجمهور إن أحب أن يستقيد فله القود ، وإن عفا فله الدية ، قال قوم : كاملة ؛ وقال قوم :

نصفها ، وبه قال الشافعي وابن القاسم ، وبكلا القولين قال مالك ، وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذى فقئت عينه إلا القود أو ما اصطلحوا عليه . وعمدة من رأى جميع الدية عليه إذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء ، وهى دية كاملة عند كثير من أهل العلم . ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الأعور إذا فقئت وجب فيها ألف دينار ، لأنها فى حقه فى معنى العينين كلتيهما إلا العين الواحدة ، فإذا تركها له وجبت عليه ديتها : وعمدة أولئك البقاء على الأصل ؛ أعنى أن فى العين الواحدة نصف الدية . وعمدة أبى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة ، وهذه المسئلة قد ذكرت فى باب القود فى الجراح . وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى : مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وغيرهم : إن فى كل أصبع عشراً من الإبل وإن الأصابع فى ذلك سواء وإن فى كل أنملة ثلث العشر إلا ماله من الأصابع أنملتان كالإبهام ؛ ففى أنملته خمس من الإبل ، وعمدتهم فى ذلك ماجاء فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قال وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل » وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الأصابع بعشر العشر» وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم فى الدية من الورق ، فهى عند من يرى أنها اثنا عشر ألف درهم عشرها ، وعند من يرى أنها عشرة آلاف عشرها . وروى عن السلف المتقدم اختلاف فى عقل الأصابع ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى الإبهام والتى تليها بعقل نصف الدية ، وفى الوسطى بعشر فرائض ، وفى التى تليها بتسع ، وفى الخنصر بست . وروى عن مجاهد أنه قال فى الإبهام خمسة عشر من الإبل ، وفى التى تليها عشر ، وفى الوسطى عشر ، وفى التى تليها ثمان ، وفى الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ، ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة ، وروى عن بعض السلف فيها توقيت . وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى فى الضرس بجمل ، والضلع بجمل ، وفى الترقوة بجمل . وقال سعيد بن جبير فى الترقوة بعيران . وقال قتادة : أربعة أبعرة . وعمدة فقهاء الأمصار أنه

مالم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه إلا حكومة . وجمهور فقهاء الأمصار على أن فى كل سن من أسنان الفم خمسا من الإبل ، وبه قال ابن عباس . وروى مالك عن عمر أنه قضى فى الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها فى مقدم الفم . وأما التى فى مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الإبل . وقال سعيد بن المسيب : فى الأضراس بعيران . وروى عن عبد الملك بن مروان أن مروان بن الحكم اعترض فى ذلك على ابن عباس فقال : أتجعل مقدم الأسنان مثل الأضراس ؟ فقال ابن عباس : او لم يعتبر ذلك إلا بالأصابع عقلها سواء ، عمدة الجمهور فى مثل ذلك ماثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « فى السن خمس » وذلك من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ؛ واسم السن ينطلق على التى فى مقدم الفم ومؤخره ؛ وتشبيهها أيضا بالأصابع التى استوت ديتها وإن اختلفت منافعها . وعمدة من خالف بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار إلى ذلك من الصدر الأول إنما صار إليه عن توقيف ، وجميع هذه الأعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود فى قطع ما قطع وقلع ما قلع . واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا ؟ فذهب مالك وأصحابه إلى أن القود فى كسر جميع العظام إلا الفخذ والصلب ؛ وقال الشافعى : والليث : لاقصاص فى عظم من العظام يكسر ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه استثنى السن . وروى عن ابن عباس أنه لاقصاص فى عظم ، وكذلك عن عمر . قال أبو عمر بن عبد البر : ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد فى السن المكسورة من حديث أنس قال : وقد روى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقدر من العظم المقطوع فى غير المفصل إلا أنه ليس بالقوى . وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ . واتفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل فى النفس . واختلفوا فى ديات الشجاج وأعضائها ؛ فقال جمهور فقهاء المدينة : تساوى المرأة الرجل فى عقلها من الشجاج والأعضاء إلى أن تبلغ ثلث الدية ، فإذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها إلى النصف من دية الرجل ، أعنى دية أعضائها من أعضائه ؛ مثال ذلك أن فى كل أصبع من أصابعها عشرا من الإبل ، وفى اثنين منها عشرون ، وفى ثلاثة ثلاثون ،

وفى أربعة عشرون ، وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ، ورواه مالك عن سعيد بن المسيب و عن عروة بن الزبير ، وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبدالعزيز ؛ وقالت طائفة : بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل إلى الموضحة ، ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الأشهر من قولى ابن مسعود ، وهو مروى عن عثمان ، وبه قال شريح وجماعة ؛ وقال قوم : بل دية المرأة فى جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل فى قليل ذلك وكثيره ، وهو قول على رضى الله عنه ، وروى ذلك عن ابن مسعود ، إلا أن الأشهر عنه ما ذكرناه أولا ، وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعى والثورى . وعمدة قائل هذا القول أن الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الأصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت ، إذ القياس فى الديات لايجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتى ذكره عنه ، ولا اعتماد للطائفة الأولى إلا مراسيل ، وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبى عبد الرحمن كم فى أربع من أصابعها ؟ قال عشرون ، قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها ، قال : أعراقى أنت ؟ قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم ، قال : هى السنة . وروى أيضا عن النبى عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو ابن شعيب عن أبيه وعكرمة . وقد رأى قوم أن قول الصحابى إذا خالف القياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه لم يترك القول به إلا عن توقيف ، لكن فى هذا ضعف إذ كان يمكن أن يترك القول به إما لأنه لايرى القياس ، وإما لأنه عارضه فى ذلك قياس ثان أو قلد فى ذلك غيره . فهذه حال ديات جراح الأحرار والجنايات على أعضائها الذكور منها والإناث . وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم ، فإن العلماء اختلفوا فيها على قولين : فمنهم من رأى أن فى جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ؛ ومنهم من رأى أن الواجب فى ذلك من قيمته قدر ما فى ذلك الجراح من ديته ، فيكون فى موضحته نصف عشر قيمته ، وفى عينه نصف قيمته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وهو قول عمر وعلى ؛ وقال مالك : يعتبر فى ذلك كله مانقص من ثمنه إلا موضحته ومنقلته ومأمومته ، ففيها من ثمنه قدر ما فيها فى الحر من ديته ○

وعمدة الفريق الأول تشبيهه بالعروض . وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحر إذ هومسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه إذا جاوزت الثلث على العاقلة . واختلف فيما دون ذلك ، فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة: إن العاقلة لاتحمل من ذلك إلا الثلث فما زاد ؛ وقال أبو حنيفة : تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة ؛ وقال الثورى وابن شبرمة : الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعى وعثمان البتى : تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ . وعمدة الشافعى هى أن الأصل هو أن العاقلة هى التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئا فعليه الدليل ، ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور ، وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القسامة

اختلف العلماء فى القسامة فى أربعة مواضع تجرى مجرى الأصول لفروع هذا الباب : المسئلة الأولى : هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ؟ . الثانية ؛ إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى . المسئلة الثالثة : هل يبدأ بالأيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم ، وكم عدد الحالفين من الأولياء؟ المسئلة الرابعة : فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعون بالأيمان .

(المسئلة الأولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الأمصار : مالك والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الأمصار ؛ وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية : لايجوز الحكم بها . عمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث ، إلا أنهم مختلفون فى ألفاظه على ما سيأتى بعد . وعمدة الفريق النافى لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها : فمنها أن الأصل فى الشرع أن لايحلف أحد إلا على ما علم قطعا أو شاهد حسا ، وإذا كان ذلك كذلك ، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل

بل قد يكونون فى بلد والقتل فى بلد آخر ، ولذلك روى البخارى عن أبى قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال : ما تقولون فى القسامة ؟ فأضب القوم وقالوا : نقول إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء ، فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبنى للناس ، فقلت : يا أمير المؤمنين عندك أشراف العرب ورؤساء الأجناد ، أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه ؟ قال : لا قلت : أفرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه ؟ قال : لا . وفى بعض الروايات : قلت فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم ؟ قال : فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة : إنهم إن أقاموا شاهدى عدل أن فلانا قتله فأقده ، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا . قالوا : ومنها أن من الأصول أن الأيمان ليس لها تأثير فى إشاطة الدماء . ومنها أن من الأصول « أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ومن حجتهم أنهم لم يروا فى تلك الأحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ، ولذلك قال لهم : أتحلفون خمسين يمينا : أعنى لولاة الدم وهم الأنصار ؟ قالوا : كيف نحلف ولم نشاهد ؟ قال : فيحلف لكم اليهود ، قالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قالوا : فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هى السنة . قال : وإذا كانت هذه الآثار غير نص فى القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى . وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة ، وزعم أن العلة فى ذلك حوطة الدماء ، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل إنما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء ، لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والسراق ، وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه ، وكذلك قاطع الطريق ، فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للأصول ، وذلك أن المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها ، فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم فى العمد والدية فى الخطأ ؛ وقال الشافعى والثورى وجماعة : تستحق بها الدية فقط ؛ وقال بعض الكوفيين : لايستحق بها إلا دفع الدعوى على الأصل فى أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه ؛ وقال بعضهم : بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية ، فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط ، فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال . فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم «تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ» وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه : فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم «أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ» . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط ، فهو أن الأيمان يوجد لها تأثير فى استحقاق الأموال أعنى فى الشرع مثل ما ثبت من الحكم فى الأموال باليمين والشاهد ، ومثل ما يجب المال بنكول المدعي عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبى ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك . وقيل فيه أيضا إنه لم يسمع من سهل . وحديث بشير ابن بشار قد اختلف فى إسناده ؛ فأرسله مالك وأسنده غيره . قال القاضى : يشبه أن تكون هذه العلة هى السبب فى أن لم يخرج البخارى هذين الحديثين ، واعتضد عندهم القياس فى ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لاقود بالقسامة ، ولكن يستحق بها الدية . وأما الذين قالوا إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط ؛ فعمدتهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليه ، والأحاديث التى نذكرها فيما بعد إن شاء الله

(المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة ، أعنى الذين قالوا إنها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالأيمان الخمسين على ما ورد فى الآثار ؛ فقال الشافعى وأحمد وداود بن على وغيرهم : يبدأ المدعون ؛ وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة : بل يبدأ المدعى عليهم بالأيمان . وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة ومرسله عن بشير بن يسار . وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ما خرجه

البخارى عن سعيد بن عبيد الطائى عن بشير بن يسار أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن حثمة وفيه « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تأْتُون بالبَيِّنَةِ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ » قالوا : ما لنا بينة ، قال : فَيَحْلِفُونَ لَكُمْ ، قالوا : ما نرضى بأيمان يهود ، وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه ، فوداه بمائة بعير من إبل الصدقة » قال القاضى : وهذا نص فى أنه لايستوجب بالأيمان الخمسين إلا دفع الدعوى فقط : واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود أيضا عن أبى سلمة بن أبى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الأنصار « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأ بهم : أيَحْلِفُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ رَجُلاً خَمْسِينَ يَمِينا ؟ فأبوا ، فقال للأنصار : احْلِفُوا ، فقالوا : أنحلف على الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود » لأنه وجد بين أظهرهم ، وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك ، وهو حديث صحيح الإسناد ، لأنه رواه الثقات عن الزهرى عن أبى سلمة ، وروى الكوفيون ذلك عن عمر ، أعنى أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية . وخرج مثله أيضا من تبدئة اليهود بالأيمان عن رافع بن خديج ، واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك أن عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان أجرى فرسه فوطئ على أصبع الجهنى فنزى فيها فمات ، فقال عمر للذى ادعى عليهم : أتحلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها ؟ فأبوا أن يحلفوا وتحرجوا ، فقال للمدعين : احلفوا ، فأبوا فقضى عليهم بشطر الدية . قالوا : وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدئة المدعين بالأيمان ، لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه : قال أبو عمر : والأحاديث المتعارضة فى ذلك مشهورة .

(المسئلة الرابعة) وهى موجب القسامة عند القائلين بها ، أجمع جمهور العلماء القائلون بها أنها لاتجب إلا بشبهة . واختلفوا فى الشبهة ما هى ؟ فقال الشافعى : إذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم

بالقسامة وهو أن يوجد قتيل فى محلة قوم لايخالطهم غيرهم ، وبين أولئك القوم ، وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الأنصار واليهود ، وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ، ووجد فيها القتيل من الأنصار ، قال : وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل وإلى جانبه رجل مختضب بالدم ، وكذلك لو دخل على نفر فى بيت فوجد بينهم قتيلا وما أشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام أن المدعى محق لقيام تلك الشبهة ؛ وقال مالك بنحو من هذا ، أعنى إن القسامة لاتجب إلا بلوث والشاهد الواحد عنده إذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه ، واختلفوا إذا لم يكن عدلا . وكذلك وافق الشافعى فى قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه إنسان بيده حديدة مدماة ، إلا أن مالكا يرى أن وجود القتيل فى المحلة ليس لوثا ، وإن كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة ، وإذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شىء يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ، ولذلك لم يقل بها قوم ؛ وقال أبو حنيفة وصاحباه : إذا وجد قتيل فى محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ؛ ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ، ودون وجود الأثر بالقتيل الذى اشترطه أبو حنيفة ، وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود ، وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال : القسامة تجب متى وجد قتيل لايعرف من قتله أينما وجد ، فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا ، فإن هم حلفوا على العمد فالقود وإن حلفوا على الخطأ فالدية ، وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا ، وعند مالك رجلان فصاعدا من أولئك . وقال داود : لاأقضى بالقسامة إلا فى مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم . وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة ، فجعلا قول المقتول فلان قتلنى لوثا يوجب القسامة ، وكل قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبهة رأى تبدئة المدعين بالأيمان من رأى ذلك منهم ، فإن الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعى ، إذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه ، إنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه ، وكأنه شبه ذلك

اليمين مع الشاهد فى الأموال . وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لادعى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس ، وخرجه مسلم فى صحيحه ، وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى إسرائيل فضعيف ، لأن التصديق هنالك أسند إلى الفعل الخارق للعادة . واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد ؟ فقال مالك : لاتكون القسامة إلا على واحد ، وبه قال أحمد بن حنبل ؛ وقال أشهب : يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء ، وهو ضعيف ؛ وقال المغيرة المخزومى : كل من أقسم عليه قتل ؛ وقال مالك والليث : إذا شهد اثنان عدلان أن إنسانا ضرب آخر وبقى المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب إنه مات من ذلك الضرب وقيد به ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا فى القسامة فى العبد ، فبعض أثبتها ، وبه قال أبو حنيفة تشبيها بالحر ، وبعض نفاها تشبيها بالبهيمة ، وبها قال مالك ، والدية عندهم فيها فى مال القاتل ، ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ، ولا يحلف عنده أقل من اثنين فى الدم ويحلف الواحد فى الخطأ ؛ وإن نكل عنده أحد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية فى حق من لم ينكل ، أعنى حظه منها . وقال الزهرى : إن نكل منهم أحد بطلت الدية فى حق الجميع ، وفروع هذا الباب كثيرة .

قال القاضى : والقول فى القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء ، وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الأقضية ، ولكن ذكرناه هنا على عادتهم ، وذلك أنه إذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الأمور الشرعية رأوا أن الأولى أن يذكر فى ذلك الجنس . وأما القضاء الذى يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الأشياء التى يقع فيها القضاء فيذكر فى كتاب الأقضية ، وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعا كما فعل مالك فى الموطأ ، فإنه ساق فيه الأقضية من كل كتاب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب فى أحكام الزنى

والنظر فى أصول هذا الكتاب فى حد الزنا ، وفى أصناف الزناة ، وفى العقوبات لكل صنف صنف منهم ، وفيما تثبت به هذه الفاحشة .

الباب الأول فى حد الزنى

فأما الزنى فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين ، وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الإسلام ، وإن كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة ؛ وفى ذلك مسائل نذكر منها أشهرها ، فمنها الأمة يقع عليها الرجل وله فيها شرك ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد وإن ولدت ألحق الولد به وقومت عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر ؛ وقال أبو ثور : عليه الحد كاملا إذا علم الحرمة . وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام « ادْرَءُوا الحُدُودَ بالشُّبُهاتِ » والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم . وسبب الخلاف : هل ذلك الذى يغلب منها حكمه على الجزء الذى لا يملك أم حكم الذى لا يملك يغلب على حكم الذى يملك ؟ فإن حكم ما ملك الحليّة ، وحكم مالم يملك الحرمية . ومنها اختلافهم فى الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم ، فقال قوم : عليه الحد ؛ ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه . والسبب فى هذه وفى التى قبلها واحد ، والله أعلم . ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد ؛ وقال غيره : يعزر ؛ وقال بعض الناس : بل هى هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج . ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته ، فقال الجمهور : لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه « أَنْتَ وَمالُكَ لأبيكَ » ولقوله عليه الصلاة والسلام « لايُقادُ الوَالِدُ بالوَلَدِ » ولإجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ، ولذلك قالوا : تقوّم عليه حملت أم لم تحمل لأنها قد حرمت على ابنه فكأنه استهلكها . ومن الحجة لهم أيضا إجماعهم على

أن الأب او قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه ، وكذلك كل من كان الابن له وليا . ومنها الرجل يطأ جارية زوجته ، اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال ، فقال مالك والجمهور : عليه الحد كاملا ؛ وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته إن كانت طاوعته ، وإن كانت استكرهها قومت عليه وهي حرة ، وبه قال أحمد وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود . والأول قول عمر ، ورواه مالك في الموطأ عنه . وقال قوم : عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيبا : وقال قوم : عليه التعزير . فعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد . وعمدة من درأ الحد ماثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته أنه إن كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها ، وإن كانت طاوعته فهي له ، وعليه لسيدتها مثلها ، وأيضا فإن له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِثَلَاثٍ ، فذكر مالها » ويقوي هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث ، أو في الثلث فما فوقه ، وهو مذهب مالك . ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة ، والجمهور على خلاف ذلك ، وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه ، وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها ، فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة . ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه أيضا . وبالجملة فالأنكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب ، وأكثرها عند مالك تدرأ الحد إلا ماانعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك ، مما لا يعذر فيه بالجهل .

الباب الثاني في أصناف الزناة وعقوباتهم

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف : محصنون ثيب وأبكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث . والحدود الإسلامية ثلاثة : رجم ، وجلد ، وتغريب . فأما الثيب الأحرار المحصنون ، فإن المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم إلا فرقة من أهل الأهواء فإنهم رأوا أن حد كل زان الجلد ، وإنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم ، فخصصوا الكتاب بالسنة

أعنى قوله تعالى - الزَّانِيَةُ والزَّانِى - الآية . واختلفوا فى موضعين : أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ؟ والموضع الثانى فى شروط الإحصان .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا ؟ فقال الجمهور : لاجلد على من وجب عليه الرجم ؛ وقال الحسن البصرى وإسحاق وأحمد وداود : الزانى المحصن يجلد ثم يرجم . عمدة الجمهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ، ورجم امرأة من جهينة ، ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد، كل ذلك مخرّج فى الصحاح ولم يروا أنه جلد واحدا منهم . ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوى فى الحد الأكبر ، وذلك أن الحد إنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وعمدة الفريق الثانى عموم قوله تعالى - الزَّانِيَةُ والزَّانِى فاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مائَةَ جَلْدَةٍ - فلم يخص محصن من غير محصن . واحتجوا أيضا بحديث على رضى الله عنه ، خرجه مسلم وغيره أن عليا رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسوله ؛ وحديث عبادة بن الصامت ، وفيه أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « خُذُوا عَنِّى قَدْ جَعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلاً البِكْرُ بالبِكْرِ جَلْدُ مائَةٍ وتَغْرِيبُ عامٍ ، والثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ جَلْدُ مائَةٍ والرَّجْمُ بالحِجارَةِ » وأما الإحصان فإنهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم . واختلفوا فى شروطه فقال مالك : البلوغ والإسلام والحرية والوطء فى عقد صحيح ، وحالة جائز فيها الوطء ، والوطء المحظور عنده هو الوطء فى الحيض أو فى الصيام ، فإذا زنى بعد الوطء الذى بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ، ووافق أبو حنيفة مالكا فى هذه الشروط إلا فى الوطء المحظور ؛ واشترط فى الحرية أن تكون من الطرفين ، أعنى أن يكون الزانى والزانية حرين ، ولم يشترط الإسلام الشافعى . وعمدة الشافعى ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ، وهو حديث متفق عليه « أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا » إذ رفع إليه أمرهما اليهود ، والله تعالى يقول - وإنْ حَكَمْتَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بالقِسْطِ - . وعمدة مالك من

طريق المعنى أن الإحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الإسلام ، وهذا مبناه على أن الوطء فى نكاح صحيح هو مندوب إليه ، فهذا هو حكم الثيب . وأما الأبكار فإن المسلمين أجمعوا على أن حد البكر فى الزنى جلد مائة لقوله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ـ واختلفوا فى التغريب مع الجلد ؛ فقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تغريب أصلا ؛ وقال الشافعى : لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان أو أنثى ، حرا كان أو عبدا ؛ وقال مالك : يغرب الرجل ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعى ؛ ولا تغريب عند مالك على العبيد . فعمدة من أوجب التغريب على الإطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكذلك ما خرج أهل الصحاح عن أبى هرير وزيد بن خالد الجهنى أنهما قالا « إن رجلا من الأعراب أتى النبى عليه الصلاة والسلام قال : يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لى بكتاب الله ، فقال الخصم وهو أفقه منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى أن أتكلم ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : قُلْ ، قال : إن ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أنما على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : وَالَّذِى نَفْسِي بِيَدِهِ لأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُما بِكِتابِ اللهِ : أَمَّا الوَلِيدَةُ وَالغَنَمُ فَرَدٌّ عَلَيْكَ ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عامٍ ، واغْدُ يا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأةِ هَذَا فإنِ اعْتَرَفَتْ فارْجُمْها ، فغدا عليها أنيس فاعترفت ، فأمر النبى عليه الصلاة والسلام بها فرجمت » . ومن خصص المرأة من هذا العموم فإنما خصصه بالقياس ، لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لأكثر من الزنى ، وهذا من القياس المرسل ، أعنى المصلحى الذى كثيرا ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب ، وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس ينسخ الكتاب بأخبار الآحاد . ورووا عن عمر وغيره أنه حد ولم يغرب . وروى الكوفيون عن أبى بكر وعمر أنهم غربوا . وأما حكم العبيد فى هذه الفاحشة ، فإن العبيد صنفان : ذكور ، وإناث

أما الإناث فإن العلماء أجمعوا على أن الأمة إذا تزوجت وزنت أن حدها خمسون جلدة لقوله تعالى ـ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ـ واختلفوا إذا لم تتزوج ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : حدها خمسون جلدة ؛ وقالت طائفة : لاحد عليها ، وإنما عليها تعزير فقط ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ؛ وقال قوم ؛ لاحد على الأمة أصلا : والسبب في اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم الإحصان فى قوله تعالى ـ فإذا أحصن ـ فن فهم من الإحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال : لاتجلد الغير المتزوجة ؛ ومن فهم من الإحصان الإسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها . واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن النبى عليه الصلاة والسلام سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن ، فقال « إِنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ثُمَّ إن زَنَتْ فاجْلِدُوها ثم بِيعُوها ولَوْ بِضَفِيرٍ » . وأما الذكر من العبيد ، ففقهاء الأمصار على أن حد العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة ؛ وقال أهل الظاهر : بل حده مائة جلدة مصيرا إلى عموم قوله تعالى ـ فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ـ ولم يخصص حرا من عبد : ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على الأمة وهو شاذ : وروى عن ابن عباس . فهذا هو القول فى أصناف الحدود وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ، ويتعلق بهذا القول فى كيفية الحدود ، وفى وقتها : فأما كيفيتها فن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم ، فقالت طائفة : يحفر له ، وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حين أمر برجمها ، وبه قال أبو ثور ، وفيه « فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها ، فقال : ليس هكذا الرجم إنى أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ، ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ، ثم قال : الرجم رجمان : رجم سر ورجم علانية ؛ فما كان منه بإقرار فأول من يرجم الإمام ثم الناس ، وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الإمام ثم الناس : وقال مالك وأبو حنيفة : لايحفر للمرجوم ، وخير فى ذلك الشافعى ؛ وقيل عنه : يحفر للمرأة فقط : وعمدتهم ما خرج البخارى ومسلم من حديث جابر ، قال جابر : فرجمناه بالمصلى ، فلما أذلقته

الحجارة فرّ ، فأدركناه بالحرة فرضخناه . وقد روى مسلم أنه حفر له فى اليوم الرابع حفر . وبالجملة فالأحاديث فى ذلك مختلفة . قال أحمد : أكثر الأحاديث على أن لاحفر ؛ وقال مالك : يضرب فى الحدود الظهر وما يقاربه ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يضرب سائر الأعضاء ويتقى الفرج والوجه ؛ وزاد أبو حنيفة الرأس ؛ ويجرد الرجل عند مالك فى ضرب الحدود كلها ، وعند الشافعى وأبى حنيفة ماعدا القذف على ما سيأتى بعد ؛ ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال : إنه يقام لظاهر الآية ، ويستحب عند الجميع أن يحضر الإمام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ . واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة ، فقال مالك : أربعة ، وقيل ثلاثة ، وقيل اثنان ، وقيل سبعة ، وقيل ما فوقها . وأما الوقت ، فإن الجمهور على أنه لايقام فى الحر الشديد ولا فى البرد ، ولا يقام على المريض ؛ وقال قوم : يقام ، وبه قال أحمد وإسحاق ، واحتجوا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض . وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد ، وهو أن يقام حيث لايغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود ؛ فمن نظر إلى الأمر بإقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال : يحد المريض ؛ ومن نظر إلى المفهوم من الحد قال : لايحد المريض حتى يبرأ ، وكذلك الأمر فى شدة الحر والبرد .

الباب الثالث وهو معرفة ماتثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على أن الزنى يثبت بالإقرار وبالشهادة . واختلفوا فى ثبوته بظهور الحمل فى النساء الغير المزوجات إذا ادعين الاستكراه . وكذلك اختلفوا فى شروط الإقرار وشروط الشهادة . فأما الإقرار فإنهم اختلفوا فيه فى موضعين : أحدهما عدد مرات الإقرار الذى يلزم به الحد . والموضع الثانى هل من شرطه أن لايرجع عن الإقرار حتى يقام عليه الحد ؟ أما عدد الإقرار الذى يجب به الحد ، فإن مالكا والشافعى يقولان : يكفى فى وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة ، وبه قال داود وأبو ثور والطبرى وجماعة ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى : لايجب الحد إلا بأقارير أربعة مرة بعد مرة ،

وبه قال أحمد وإسحاق ، وزاد أبو حنيفة وأصحابه : فى مجالس متفرقة . وعمدة مالك والشافعى ما جاء فى حديث أبى هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام « اغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فاعترفت فرجمها » ولم يذكر عددا . وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى عليه الصلاة والسلام « أنه رد ماعزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه » وفى غيره من الأحاديث قالوا : وما ورد فى بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ، ومن قصر فليس بحجة على من حفظ .

(وأما المسئلة الثانية) وهى من اعترف بالزنى ثم رجع ، فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه ، إلا ابن أبى ليلى وعثمان البتى ؛ وفصل مالك فقال : إن رجع إلى شبهة قُبِل رجوعه ؛ وأما إن رجع إلى غير شبهة فعنه فى ذلك روايتان : إحداهما يقبل وهى الرواية المشهورة ، والثانية لا يقبل رجوعه ، وإنما صار الجمهور إلى تأثير الرجوع فى الإقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ، ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التمادى على الإقرار شرطا من شروط الحد . وقد روى من طريق « أن ماعزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه ، فقال لهم : ردونى إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فقال : هَلاَّ تَرَكْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ فَيَتُوبَ اللهُ عَلَيْهِ » ومن هنا تعلق الشافعى بأن التوبة تسقط الحدود ، والجمهور على خلافه ، وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا فى وجوب الحد . وأما ثبوت الزنى بالشهود فإن العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنى بالشهود ، وأن العدد المشترط فى الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى - ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ - وأن من صفتهم أن يكونوا عدولا ، وأن من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه فى فرجها ، وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية ؛ وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا فى زمان ولا فى مكان إلا ما حكى عن أبى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة ، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها فى ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر . وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ فإنهم

أجمعوا على أنها لاتلفق ، والمكان أشبه شيء بالزمان . والظاهر من الشرع قصده إلى التوثق فى ثبوت هذا الحد أكثر منه فى سائر الحدود . وأما اختلافهم فى إقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه ، فإن طائفة أوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك فى الموطأ من حديث عمر ، وبه قال مالك ، إلا أن تكون جاءت بأمارة على استكراهها ، مثل أن تكون بكرا فتأتى وهى تدمى ، أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه ، وكذلك عنده الأمر إذا ادعت الزوجية إلا أن تقيم البينة على ذلك ، ما عدا الطارئة ، فإن ابن القاسم قال : إذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية ، وإن لم تأت فى دعوى الاستكراه بأمارة ، ولا فى دعوى الزوجية ببينة لأنها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه . ومن الحجة لهم ما جاء فى حديث شراحة أن عليا رضى الله عنه قال لها : استكرهت ؟ قالت : لا . قال : فلعل رجلا أتاك فى نومك . قالوا : وروى الأثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة دعت أنها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد . ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لاحد عليها ، وإنما اختلفوا فى وجوب الصداق لها . وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟ فمن قال عوض عن البضع أوجبه فى البضع فى الحلية والحرمية ؛ ومن قال إنه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه . وهذا الأصل كاف فى هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب.

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القذف

والنظر فى هذا الكتاب : فى القذف ، والقاذف ، والمقذوف ، وفى العقوبة الواجبة فيه ، وبماذا تثبت . والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى - والَّذِينَ يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ - الآية . فأما القاذف فإنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين : وهما البلوغ والعقل ، وسواء كان كان ذكرا أو أنثى ، حرا أو عبدا ، مسلما أو غير مسلم . وأما المقذوف فاتفقوا

على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والإسلام ، وأن يكون معه آلة الزنى ؛ فإن انخرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد ، والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية فى المقذوف ، ويحتمل أن يدخل فى ذلك خلاف ، ومالك يعتبر فى سن المرأة أن تطيق الوطء . وأما القذف الذى يجب به الحد ، فاتفقوا على وجهين : أحدهما أن يرمى القاذف المقذوف بالزنى ، والثانى أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة. واختلفوا إن كانت كافرة أو أمة ، فقال مالك : سواء كانت حرة أو أمة أو مسلمة أو كافرة يجب الحد . وقال إبراهيم النخعى : لاحد عليه إذا كانت أم المقذوف أمة أو كتابية ، وهو قياس قول الشافعى وأبى حنيفة . واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه إذا كان بلفظ صريح وجب الحد ، واختلفوا إن كان بتعريض ، فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى : لاحد فى التعريض ، إلا أن أباحنيفة والشافعى يريان فيه التعزير ، وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود ؛ وقال مالك وأصحابه : فى التعريض الحد ، وهى مسئلة وقعت فى زمان عمر ، فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلفوا فيها عليه ، فرأى عمر فيها الحد . وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة ، والاستعمال مقام النص الصريح ، وإن كان اللفظ فيها مستعملا فى غير موضعه أعنى مقولا بالاستعارة . وعمدة الجمهور أن الاحتمال الذى فى الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، والحق أن الكناية قد تقوم فى مواضع مقام النص ، وقد تضعف فى مواضع ، وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرئ به الحد عن القاذف أن يثبت زنى المقذوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك إذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة ، وإنما اختلف المذهب فى الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل . والسبب فى اختلافهم هل يشترط فى نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف إذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد . وأما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه ، فإنهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى ـ ثمانين جلدة ـ . واختلفوا فى العبد يقذف الحر : كم حده ؟ فقال الجمهور من فقهاء

الأمصار حده نصف حد الحر ، وذلك أربعون جلدة ، وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة ، وعن ابن عباس : وقالت طائفة : حده حد الحر ، وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأمصار : أبو ثور والأوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر . فعمدة الجمهور قياس حده فى القذف على حده فى الزنى . وأما أهل الظاهر فتمسكوا فى ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضا أن حد الكتابى ثمانون ، فكان العبد أحرى بذلك . وأما التوقيت فإنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة ، فعليه حد واحد إذا لم يحد بواحد منها ، وأنه إن قذف فحد ثم قذفه ثانية حد حدا ثانيا واختلفوا إذا قذف جماعة ، فقالت طائفة : ليس عليه إلا حد واحد جمعهم فى القذف أو فرقهم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة ، وقال قوم : بل عليه لكل واحد حد ، وبه قال الشافعى والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حيي إنه قال : إن قال إنسان : من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها ؛ وقالت طائفة إن جمعهم فى كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يا زناة فحد واحد ، وإن قال لكل واحد منهم يا زانى فعليه لكل إنسان منهم حد . فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة إلا حدا واحدا حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فرفع ذلك إلى النبى عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك ، وذلك لإجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل . وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للآدميين ، وأنه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد . وأما من فرق بين قذفهم فى كلمة واحدة أو كلمات أو فى مجلس واحد أو فى مجالس ، فلأنه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف ، لأنه إذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد . وأما سقوطه فإنهم اختلفوا فى سقوطه بعفو القاذف ، فقال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى : لا يصح العفو : أى لا يسقط الحد ؛ وقال الشافعى : يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الإمام أو لم يبلغ ؛ وقال قوم : إن بلغ الإمام لم يجز العفو ، وإن لم يبلغه جاز العفو . واختلف قول مالك فى ذلك ، فمرة قال بقول الشافعى ، ومرة قال : يجوز إذا لم يبلغ الإمام ، وإن بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقذوف

الستر على نفسه ، وهو المشهور عنه . والسبب فى اختلافهم هل هو حق لله ، أو حق للآدميين ، أو حق لكليهما؟ فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنى ؛ ومن قال قال حق للآدميين أجاز العفو ؛ ومن قال لكليهما وغلب حق الإمام إذا وصل إليه قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لا يصل ، وقياسا على الأثر الوارد فى السرقة . وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الأظهر أن المقذوف إذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الإمام يقيمه فى القذف . واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب . واختلفوا إذا تاب ؛ فقال مالك : تجوز شهادته ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أبدا . والسبب فى اختلافهم هل الاستثناء يعود إلى الجملة المتقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور ، وذلك فى قوله تعالى ـ ولا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الفاسِقُونَ إِلاَّ الَّذِينَ تابُوا ـ فمن قال يعود إلى أقرب مذكور قال : التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ؛ ومن رأى ن الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال : التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . وكون أارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب فى الشرع : أى خارج عن الأصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد . وأما بماذا يثبت ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين . واختلف فى مذهب مالك : هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء ؟ وهل تلزم فى الدعوى فيه يمين ؟ وإن نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى ؟ فهذه هى أصول هذا الباب التى تبنى عليه فروعه . قال القاضى : وإن أنسأ الله فى العمر فسنضع كتابا فى الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا ، إذ كان المذهب المعمول به فى هذه الجزيرة ، التى هى جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا فى مذهب مالك ، لأن إحصاء جميع الروايات عندى شىء ينقطع العمر دونه .

باب فى شرب الخمر

والكلام فى هذه الجناية : فى الموجب ، والواجب ، وبماذا تثبت هذه الجناية؟ فأما الموجب ، فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها

واختلفوا فى المسكرات من غيرها ؛ فقال أهل الحجاز : حكمها حكم الخمر فى تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلاكان أوكثيرا أو لم يسكر ؛ وقال أهل العراق : المحرم منها هو السكر ، وهو الذى يوجب الحد . وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين فى كتاب الأطعمة والأشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة ، والتفسيق فى شارب الخمر باتفاق وإن لم يبلغ حد السكر ، وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر . واختلف الذين رأوا تحريم قليل الأنبذة فى وجوب الحد ، وأكثر هؤلاء على وجوبه ، إلا أنهم اختلفوا فى مقدار الحد الواجب ؛ فقال الجمهور : الحد فى ذلك ثمانون ؛ وقال الشافعى وأبو ثور وداود : الحد فى ذلك أربعون ، هذا فى حد الحر . وأما حد العبد فاختلفوا فيه ؛ فقال الجمهور : هو على النصف من حد الحر ؛ وقال أهل الظاهر : حد الحر والعبد سواء ، وهو أربعون ؛ وعند الشافعى عشرون ؛ وعند من قال ثمانون أربعون . فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر فى زمانه شرب الخمر ، وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية ، فإنه كما قيل عنه رضى الله عنه « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى » وعمدة الفريق الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد فى ذلك حدا ، وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود ، وأن أبا بكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر ؟ فقدروه بأربعين . وروى عن أبى سعيد الخدرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بنعلين أربعين » فجعل عمر مكان كل نعل سوطا . وروى من طريق آخر عن أبى سعيد الخدرى ما هو أثبت من هذا ، وهو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر أربعين » وروى هذا عن على عن النبى عليه الصلاة والسلام من طريق أثبت ، وبه قال الشافعى وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الإمام يقيمه ، وكذلك الأمر فى سائر الحدود واختلفوا فى إقامة السادات الحدود على عبيدهم ، فقال مالك : يقيم السيد على عبده حد الزنى وحد القذف إذا شهد عنده الشهود ، ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ، ولا يقطع فى السرقة إلا الإمام ، وبه قال الليث ، وقال أبو حنيفة : لا يقيم الحدود على

لعبيد إلا الإمام ؛ وقال الشافعى : يقيم السيد على عبده جميع الحدود ، وهو قول أحمد وإسحاق وأبى ثور . فعمدة مالك الحديث المشهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال : إنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثمَّ إنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثُمَّ إنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثُمَّ بِيعُوها وَلَوْ بِضَفِيرٍ » وقوله عليه الصلاة والسلام « إذَا زَنَتْ أمَةُ أحَدِكُمْ فَلْيَجْلِدْهَا » . وأما الشافعى فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث عنه أنه قال « أقِيمُوا الحُدُودَ عَلَى ما مَلَكَتْ أيْمَانُكُمْ » ولأنه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم ، منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس . وعمدة أبى حنيفة الإجماع على أن الأصل فى إقامة الحدود هو السلطان . وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا : الجمعة والزكاة والفىء والحكم إلى السلطان .

(فصل) وأما بماذا يثبت هذا الحد ، فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين . واختلفوا فى ثبوته بالرائحة ، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز : يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان ؛ وخالفه فى ذلك الشافعى وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا : لايثبت الحد بالرائحة : فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط . وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح ، والحد يدرأ بالشبهة .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب السرقة

والنظر فى هذا الكتاب فى حد السرقة ، وفى شروط المسروق الذى يجب به الحد ، وفى صفات السارق الذى يجب عليه الحد ، وفى العقوبة ، وفيما تثبت به هذه الجناية . فأما السرقة ، فهى أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه ، وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس فى الخيانة ولا فى الاختلاس قطع إلا إياس بن معاوية ، فإنه أوجب فى الخلسة القطع ، وذلك مروى عن النبى عليه الصلاة والسلام . وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أو متاعا

ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور « أنها كانت تستعير الحلى ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها » وبه قال أحمد وإسحاق والحديث حديث عائشة قالت « كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بقطع يدها ، فأتى أسامة أهلها فكلموه ، فكلم أسامة النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : يا أُسامَةُ لاأَرَاكَ تَتَكَلَّمُ فى حَدّ مِنْ حُدُودِ اللهِ ، ثم قام النبي عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال : « إنَّمَا أَهْلَكَ مَنْ كانَ قَبْلَكُمْ أنَّهُ إذَا سَرَقَ فيهم الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ ، وإذَا سَرَقَ فِيهِم الضَّعِيفُ قَطَعُوهُ ، والَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لَوْ كانَتْ فاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ لَقَطَعْتُها » ورد الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول ، وذلك أن المعار مأمون وأنه لم يأخذ بغير إذن فضلا أن يأخذ من حرز ، قالوا : وفى الحديث حذف ، وهو أنها سرقت مع أنها جحدت ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه » قالوا : وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهرى بإسناده ، فقال فيه : إن المخزومية سرقت ، قالوا : وهذا يدل على أنها فعلت الأمرين جميعا الجحد والسرقة . وكذلك أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفا للسبيل ، فحكمه حكم المحارب على ما سيأتى فى حد المحارب . وأما السارق الذى يجب عليه حد السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن من شرطه أن يكون مكلفا ، وسواء كان حراً أو عبدا ، ذكراً أو أنثى ، أو مسلما ، أو ذميا ، إلا ما روى فى الصدر الأول من الخلاف فى قطع يد العبد الآبق إذا سرق ، وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر ابن عبد العزيز ، ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم ؛ فمن رأى أن الإجماع ينعقد بعد وجود الخلاف فى العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ، ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ، ولا عبرة لمن لم ير القطع على العبد الآبق إلا تشبيهه سقوط الحد عنه بسقوط شطره ، أعنى الحدود التى تتشطر فى حق العبيد ، وهو تشبيه ضعيف . وأما المسروق فإن له شرائط مختلفا فيها ؛ فمن

أشهرها اشتراط النصاب ، وذلك أن الجمهور على اشتراطه ، إلا ما روى عن الحسن البصرى أنه قال : القطع فى قليل المسروق وكثيره ، لعموم قوله تعالى ـ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ الآية . وربما احتجوا بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لَعَنَ اللهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ البَيْضَةَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ ، وَيَسْرِقُ الحَبْلَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ » وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين . والذين قالوا باشتراط النصاب فى وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا فى قدره اختلافا كثيرا ، إلا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذى يستند إلى أدلة ثابتة ، وهو قولان : أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم . والثانى قول فقهاء العراق . أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع فى ثلاثة دراهم من الفضة ، وربع دينار من الذهب . واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة ، فقال مالك فى المشهور : تقوم بالدراهم لا بالربع دينار ، أعنى إذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف ، مثل أن يكون الربع دينار فى وقت درهمين ونصفا ؛ وقال الشافعى : الأصل فى تقويم الأشياء هو الربع دينار ، وهو الأصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده فى الثلاثة دراهم إلا أن تساوى ربع دينار . وأما مالك فالدنانير والدراهم عند كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر فى تقويم العروض إلى الغالب فى نقود أهل ذلك البلد ، فإن كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم ، وإن كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار ، وأظن أن فى المذهب من يقول إن الربع دينار يقوّم بالثلاثة دراهم ، وبقول الشافعى فى التقويم قال أبو ثور والأوزاعى وداود ، وبقول مالك المشهور قال أحمد : أعنى بالتقويم بالدراهم وأما فقهاء العراق فالنصاب الذى يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب فى أقل منه . وقد قال جماعة منهم ابن أبى ليلى و ابن شبرمة : لا تقطع اليد فى أقل من خمسة دراهم ، وقد قيل فى أربعة دراهم ، وقال عثمان البتى : فى درهمين . فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبى عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم ، وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخارى ومسلم إلى النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « تُقْطَعُ

اليدُ فى رُبْعِ دينارٍ فصاعداً » وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور ، قالوا : ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك فى أحاديث . وقد خالف ابن عمر فى قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع فى المجن كابن عباس وغيره . وقد روى محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم . قالوا : وإذا وجد الخلاف فى ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين ، وهذا الذى قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة ، وهو الذى اعتمده الشافعى فى هذه المسئلة وجعل الأصل هو الربع دينار . وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذى رواه ، وهو أنه قطع فى أترجة قومت بثلاثة دراهم ، والشافعى يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم فى ذلك الوقت اثنا عشر درهما [1] والقطع فى ثلاثة دراهم أحفظ للأموال ، والقطع فى عشرة دراهم أدخل فى باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو ، والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعى وغير ممكن على مذهب غيره ، فإن كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعى أولى المذاهب ، فهذا هو أحد الشروط المشترطة فى القطع . واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور وهو إذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع ، أعنى نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا ، وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معا ، مثل أن يكون عدلا أو صندوقا يساوى النصاب ؛ فقال مالك : يقطعون جميعا ، وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور ؛ وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصابا ؛ فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر مال المسروق : أى أن هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال ؛ ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال : لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة . واختلفوا متى يقدر المسروق ؛ فقال مالك : يوم السرقة ؛ وقال أبو حنيفة : يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز ، وذلك أن

---

(١) هكذا هذه العبارة بجميع الأصول ، ولينظر ما معناها اهـ مصححه .

جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع ، وإن كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز. والأشبه أن يقال فى حد الحرز إنه ما شأنه أن تحفظ به الأموال كى يعسر أخذها مثل الأغلاق والحظائر وما أشبه ذلك ، وفى الفعل الذى إذا فعله السارق اتصف بالإخراج من الحرز على ماسنذكره بعد ؛ وممن ذهب إلى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم ؛ وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق النصاب وإن سرقه من غير حرز . فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لاقَطْعَ فى ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ ولا فى حَرِيسَةِ جَبَلٍ ، فإذا آوَاهُ المُرَاحُ أَوْ الجَرِينُ فالقَطْعُ فيما بَلَغَ ثَمَنَ المِجَنِّ » ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب . وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - الآية . قالوا : فوجب أن تحمل الآية على عمومها ، إلا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك ، وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لايقطع فيه . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب ؛ وقال أبو عمر بن عبد البر : أحاديث عمرو ابن شعيب العمل بها واجب إذا رواها الثقات : وأما الحرز عند الذين أوجبوه فإنهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء ، مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز ، واختلافهم فى الأوعية . ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لايقطع حتى يُخرَجَ من الدار ، واختلافهم فى الدار المشتركة ، فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز : تقطع يده إذا أخرج من البيت ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : لاقطع عليه إلا إذا أخرج من الدار . ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش ، أو ليس بحرز ؟ فقال مالك والشافعى وأحمد وجماعة : هو حرز ، وعلى النباش القطع ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ؛ وقال أبو حنيفة : لاقطع عليه ، وكذلك قال سفيان الثورى ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت : والحرز عند

مالك بالجملة هو كل شىء جرت العادة بحفظ ذلك الشىء المسروق فيه ، فرابط الدواب عنده أحراز ، وكذلك الأوعية ، وما على الإنسان من اللباس ، فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده . وإذا توسد النائم شيئا فهو له حرز على ما جاء فى حديث صفوان بن أمية وسيأتى بعدُ ، وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس : ولا يقطع عند مالك سارقُ ما كان على الصبى من الحلى أو غيره إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ؛ ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده ، وكذلك من المساجد ؛ وقد قيل فى المذهب إنه إن سرق منها ليلا قطع . وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز . واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سُمّى مخرِجا للشىء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان داخل الحرز أو خارجه . وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف ، مثل اختلاف المذهب إذا كان سارقان : أحدهما داخل البيت ، والآخر خارجه ، فقرب أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب فى البيت فتناوله الآخر ، فقيل القطع على الخارج المتناوِل له ؛ وقيل : لاقطع على واحد منهما ؛ وقيل القطع على المقرِّب للمتاع من الثقب . والخلاف فى هذا كله آيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لانطلاقه . فهذا هو القول فى الحرز واشتراطه فى وجوب القطع ، ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع ، وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرّج ؛ وقال ابن القاسم : يقطع .

(فصل) وأما جنس المسروق ، فإن العلماء اتفقوا على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه ، فإنه يجب فى سرقته القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة ، والأشياء التى أصلها مباحة فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فذهب الجمهور إلى أن القطع فى كل متموَّل يجوز بيعه وأخذ العوض فيه ؛ وقال أبو حنيفة : لاقطع فى الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش . فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة فى اشتراط النصاب : وعمدة أبى حنيفة فى منعه القطع فى الطعام الرطب قوله عليه الصلاة والسلام « لاقَطْعَ فى ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ » وذلك أن هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة : وعمدته أيضا فى منع القطع فيما أصله مباحٌ الشبهة التى فيه لكل مالك ، وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذى يجب فيه

القطع أن لايكون للسارق فيه شبهة ملك . واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة ، وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة فى المسروق هو فى ثلاثة مواضع : فى جنسه ، وقدره ، وشروطه ، وستأتى هذه المسئلة فيما بعد . واختلفوا من هذا الباب ، أعنى من النظر فى جنس المسروق فى المصحف ، فقال مالك والشافعى : يقطع سارقه ؛ وقال أبو حنيفة : لايقطع ، ولعل هذا من أبى حنيفة بناء على أنه لايجوز بيعه ، أو أن لكل أحد فيه حقا إذ ليس بمال . واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا أعجميا ممن لايفقه ولا يعقل الكلام ، فقال الجمهور : يقطع . وأما إن كان كبيرا يفقه فقال مالك : يقطع ؛ وقال أبو حنيفة : لايقطع . واختلفوا فى الحر الصغير ، فعند مالك أن سارقه يقطع ؛ ولا يقطع عند أبى حنيفة ، وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك : واتفقوا كما قلنا أن شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد . واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لايدرأ منها ، فمنها العبد يسرق مال سيده ؛ فإن الجمهور من العلماء على أنه لايقطع ؛ وقال أبو ثور : يقطع ولم يشترط شرطا ؛ وقال أهل الظاهر : يقطع إلا أن يأتمنه سيده . واشترط مالك فى الخادم الذى يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه ؛ والشافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه . وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة . ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر ، فقال مالك : إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ؛ وقال الشافعى : الاحتياط أن لاقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال ، وقد روى عنه مثل قول مالك ، واختاره المزنى . ومنها القرابات ، فذهب مالك فيها أن لايقطع الأب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » . ويقطع ما سواهم من القرابات ؛ وقال الشافعى : لايقطع عمود النسب الأعلى والأسفل : يعنى الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء ؛ وقال أبو حنيفة : لايقطع ذو الرحم المحرمة ، وقال أبو ثور : تقطع يد كل من سرق إلا ماخصصه الإجماع . ومنها اختلافهم فيمن سرق من الغنم أو من بيت المال ؛ فقال مالك : يقطع ؛ وقال عبد الملك من أصحابه : لايقطع . فهذا هو القول فى الأشياء التى يجب بها ما يجب فى هذه الجناية .

القول في الواجب

وأما الواجب فى هذه الجناية إذا وجدت بالصفات التى ذكرنا ، أعنى الموجودة فى السارق وفى الشىء المسروق وفى صفة السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن الواجب فيه القطع من حيث هى جناية ، والغرم إذا لم يجب القطع . واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع ؟ فقال قوم : عليه الغرم مع القطع ، وبه قال الشافعى وأحمد والليث وأبوثور وجماعة ؛ وقال قوم : ليس عليه غرم إذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ، وممن قال بهذا القول أبوحنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة ؛ وفرق مالك وأصحابه فقال : إن كان موسرا أتبع السارق بقيمة المسروق ، وإن كان معسرا لم يتبع به إذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم . فعمدة من جمع بين الأمرين أنه اجتمع فى السرقة حقان : حق لله ، وحق للآدمى ، فاقتضى كل حق موجبه ، وأيضا فإنهم لما أجمعوا على أخذه منه إذا وجد بعينه لزم إذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون فى ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة . وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يَغْرَمُ السَّارِقُ إذَا أُقِيمَ عَلَيْهِ الحَدُّ » وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث . قال أبو عمر : لأنه عندهم مقطوع ، قال : وقد وصله بعضهم وخرجه النسائى . والكوفيون يقولون : إن اجتماع حقين فى حق واحد مخالف للأصول ، ويقولون إن القطع هو بدل من الغرم ، ومن هنا يرون أنه إذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا أنه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس . وأما القطع فالنظر فى محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمين باتفاق من الكوع ، وهو الذى عليه الجمهور ؛ وقال قوم : الأصابع فقط . فأما إذا سرق من قد قطعت يده اليمنى فى السرقة ، فإنهم اختلفوا فى ذلك فقال أهل الحجاز والعراق : تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى ؛ وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين : تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ، ولا يقطع منه غير ذلك . واختلف مالك والشافعى وأبوحنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى ، هل يقف القطع إن سرق ثالثة أم لا ؟ فقال سفيان

وأبوحنيفة : يقف القطع فى الرجل ، وإنما عليه فى الثالثة الغرم فقط ؛ وقال مالك والشافعى : إن سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ، ثم إن سرق رابعة قطعت رجله اليمنى ، وكلا القولين مروى عن عمر وأبى بكر ، أعنى قول مالك وأبى حنيفة . فعمدة من لم ير إلا قطع اليد قوله تعالى ـ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ ولم يذكر الأرجل إلا فى المحاربين فقط . وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ، ثم الثانية فقطع رجله ، ثم أتى به فى الثالثة فقطع يده اليسرى ، ثم أتى به فى الرابعة فقطع رجله » وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله ، وفيه « ثم أخذه الخامسة فقتله » إلا أنه منكر عند أهل الحديث ، ويرده قوله عليه الصلاة والسلام « هُنَّ فَوَاحِشُ وَفِيهِنَّ عُقُوبَةٌ » ولم يذكر قتلا . وحديث ابن عباس « أن النبى عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد » وعند مالك أنه يؤدب فى الخامسة ، فإذا ذهب محل القطع من غير سرقة بأن كانت اليد شلاء ، فقيل فى المذهب ينتقل القطع إلى اليد اليسرى ، وقيل إلى الرجل . واختلف فى موضع القطع من القدم ، فقيل يقطع من المفصل الذى فى أصل الساق ، وقيل يدخل الكعبان فى القطع ، وقيل لايدخلان ، وقيل إنها تقطع من المفصل الذى فى وسط القدم . واتفقوا على أن لصاحب السرقة أن يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك إلى الإمام لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تَعَافَوُا الحُدُودَ بَيْنَكُمْ فَمَا بَلَغَنِى مِنْ حَدٍّ فَقَدْ وَجَبَ » وقوله عليه الصلاة والسلام « لَوْ كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ لأَقَمْتُ عَلَيْهَا الحَدَّ » وقوله لصفوان « هَلاَّ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِى بِهِ ؟ » . واختلفوا فى السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع إلى الإمام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه ، أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع ؛ فقال مالك والشافعى : عليه الحد ، لأنه قد رفع إلى الإمام ؛ وقال أبوحنيفة وطائفة : لاحد عليه ؛ فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية أنه قيل له « إن من لم يهاجر هلك ، فقدم صفوان بن أمية إلى المدينة ، فنام فى المسجد وتوسد رداءه

فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده ، فقال صفوان : لم أرد هذا يارسول الله هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل أن تأتيني به » .

القول فيما تثبت به السرقة

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين ، وعلى أنها تثبت بإقرار الحر . واختلفوا فى إقرار العبد ؛ فقال جمهور فقهاء الأمصار : إقراره على نفسه موجب لحده ، وليس يوجب عليه غرما ؛ وقال زفر : لايجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولاقطع يده لكونه مالا لمولاه ، وبه قال شريح والشافعى وقتادة وجماعة ، وإن رجع عن الإقرار إلى شبهة قبل رجوعه . وإن رجع إلى غير شبهة فعن مالك فى ذلك روايتان ، هكذا حكى البغداديون عن المذهب ، وللمتأخرين فى ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض ، وإنما هو لائق بتفريع المذهب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحرابة

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى - إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ - الآية : وذلك أن هذه الآية عندالجمهور هى فى المحاربين . وقال بعض الناس : إنها نزلت فى النفر الذين ارتدوا فى زمان النبى عليه الصلاة والسلام واستاقوا الإبل ، فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم ، والصحيح أنها فى المحاربين لقوله تعالى - إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى أنها فى المحاربين ؛ والنظر فى أصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أبواب : أحدها : النظر فى الحرابة . والثانى : النظر فى المحارب . والثالث : فيما يجب على المحارب . والرابع : فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة . والخامس : بماذا تثبت هذه الجناية .

الباب الأول فى النظر فى الحرابة

فأما الحرابة ، فاتفقوا على أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر ، فقال مالك : داخل المصر وخارجه سواء ؛ واشترط الشافعى الشوكة ، وإن كان لم يشترط العدد ، وإنما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ، ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لأن المغالبة إنما تتأتى بالبعد عن العمران ؛ وكذلك يقول الشافعى : إنه إذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة ، وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس ؛ وقال أبو حنيفة : لاتكون المحاربة فى المصر .

الباب الثانى فى النظر فى المحارب

فأما المحارب : فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة ، وهو المسلم والذمى .

الباب الثالث فيما يجب على المحارب

وأما ما يجب على المحارب ، فاتفقوا على أنه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدى وقطع الأرجل من خلاف ، والنفى على مانص الله تعالى فى آية الحرابة . واختلفوا فى هذه العقوبات هل هى على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب ؛ فقال مالك : إن قتل فلا بد من قتله ، وليس للإمام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه ، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه . وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه ، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف . وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام عنده مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه . ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع فى ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير ، فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ، لأن القطع لايرفع ضرره . وإن كان لارأى له وإنما هو ذوقوة وبأس قطعه من خلاف . وإن كان ليس فيه شىء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفى . وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه العقوبة هى مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها

عليه ، فلا يقتل من المحاربين إلا من قتل ، ولا يقطع إلا من أخذ المال ، ولا ينفى إلا من لم يأخذ المال ولا قتل ؛ وقال قوم : بل الإمام مخير فيهم على الإطلاق ، وسواء قتل أولم يقتل ، أخذ المال أو لم يأخذه . وسبب الخلاف هل حرف « أو » فى الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ؟ ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير . واختلفوا فى معنى قوله ـ أو يصلبوا ـ فقال قوم : إنه يصلب حتى يموت جوعا ؛ وقال قوم : بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا ، وهؤلاء منهم من قال : يقتل أولا ثم يصلب ، وهو قول أشهب ، وقيل إنه يصلب حيا ثم يقتل فى الخشبة ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ؛ ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ؛ ومن رأى أنه يقتل فى الخشبة فقال بعضهم : لا يصلى عليه تنكيلا له ، وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه ؛ وقال سحنون : إذا قتل فى الخشبة أنزل منها وصلى عليه . وهل يعاد إلى الخشبة بعد الصلاة ؟ فيه قولان عنه ؛ وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله ـ أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ـ فمعناه أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، ثم إن عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى . واختلف إذا لم تكن له اليمنى ؛ فقال ابن القاسم : تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ؛ وقال أشهب : تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى . واختلف أيضا فى قوله أو ينفوا من الأرض ، فقيل إن النفى هو السجن ، وقيل إن النفى هو أن ينفى من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته ، وهو قول ابن القاسم عن مالك ، ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة ، والقولان عن مالك ، وبالأول قال أبو حنيفة ؛ وقال ابن الماجشون : معنى النفى هو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم ، فأما أن ينفى بعد أن يقدر عليه فلا ؛ وقال الشافعى : أما النفى فغير مقصود ، ولكن إن هربوا شردناهم فى البلاد بالاتباع ، وقيل هى عقوبة مقصودة ، فقيل على هذا ينفى ويسجن دائما ، وكلها عن الشافعى ؛ وقيل معنى أو ينفوا : أى من أرض الإسلام إلى أرض الحرب . والذى يظهر هو أن النفى تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى ـ وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُوا

أَنفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُوا مِنْ دِيارِكُمْ ـ الآية : فسوّى بين النفى والقتل ، وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل ، وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا لا بالعادة ولا بالعرف .

الباب الرابع فى مسقط الواجب عنه من التوبة

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه ، فإن الأصل فيه قوله تعالى ـ إِلاَّ الَّذِينَ تابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ ـ واختلف من ذلك فى أربعة مواضع : أحدها : هل تقبل توبته ؟ . والثانى : إن قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته ؟ فإن لأهل العلم فى ذلك قولين : قول إنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى ـ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ـ وقول : إنه لا تقبل توبته ، قال ذلك من قال إن الآية لم تنزل فى المحاربين . وأما صفة التوبة التى تسقط الحكم فإنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال : أحدها أن توبته تكون بوجهين : أحدهما أن يترك ماهو عليه وإن لم يأت الإمام ؛ والثانى أن يلقى سلاحه ويأتى الإمام طائعا ، وهو مذهب ابن القاسم . والقول الثانى أن توبته إنما تكون بأن يترك ما هو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لجيرانه ، وإن أتى الإمام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد ، وهذا هو قول ابن الماجشون . والقول الثالث إن توبته إنما تكون بالمجىء إلى الإمام ، وإن ترك ماهو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الأحكام إن أخذ قبل أن يأتى الإمام ، وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل إنها تكون بأن يأتى الإمام قبل أن يُقدر عليه ، وقيل إنها إنما تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط ، وقيل تكون بالأمرين جميعا . وأما صفة المحارب الذى تقبل توبته ، فإنهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال : أحدها أن يلحق بدار الحرب . والثانى أن تكون له فئة . والثالث كيفما كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق . واختلف فى المحارب إذا امتنع فأمنه الإمام على أن ينزل ، فقيل له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة ، وقيل : لا أمان له لأنه إنما يؤمن المشرك . وأما ما تسقط عنه التوبة ، فاختلفوا فى ذلك على أربعة أقوال : أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ، ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين ، وهو قول مالك ؛ والقول الثانى إن

التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنى والشراب والقطع فى السرقة ، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو أولياء المقتول والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ، ويؤخذ بالدماء وفى الأموال بما وجد بعينه فى أيديهم ولا تتبع ذممهم . والقول الرابع إن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده .

الباب الخامس بماذا تثبت هذه الجناية

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالإقرار والشهادة ، ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم ؛ وقال الشافعى : تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم ما لا أخذوه ، وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

فصل فى حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل ، فإن حاربهم الإمام ، فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة ، فإن مالكا قال : إن للإمام أن يقتله إن رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين ، وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب ، فإن حكمه حكم البدعى الذى لا يدعو إلى بدعته ، قيل يستتاب فإن تاب وإلا قتل ، وقيل يستتاب فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل ، وأكثر أهل البدع إنما يكفرون بالمآل . واختلف قول مالك فى التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل : أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ، ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم . وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفر بهم ، فحكمهم إذا تابوا أن لا يقام عليهم حد الحرابة ، ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إلى ربه . وإنما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل ؟ فقيل يقتل وهو قول عطاء وأصبغ ؛ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك : لا يقتل ، وبه قال الجمهور ، لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتة ، أصله قتال الصحابة ، وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول .

باب فى حكم المرتد

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب ، فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فاقْتُلُوهُ » واختلفوا فى قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل ؟ فقال الجمهور: تقتل المرأة ؛ وقال أبوحنيفة : لاتقتل وشبهها بالكافرة الأصلية ،والجمهور اعتمدوا العموم الوارد فى ذلك ؛ وشذّ قوم فقالوا : تقتل وإن راجعت الإسلام وأما الاستتابة فإن مالكا شرط فى قتله ذلك على ما رواه عن عمر ؛ وقول قوم : لاتقبل توبته . وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحرابة ولايستتاب ، كانت حرابته بدار الإسلام أوبعد أن لحق بدار الحرب ، إلا أن يسلم . وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ ، فإنه يختلف فى حكمه ، فإن كانت حرابته فى دار الحرب فهو عند مالك كالحربى يسلم لاتباعه عليه فى شىء مما فعل فى حال ارتداده . وأما إن كانت حرابته فى دار الإسلام ، فإنه يسقط إسلامه عنه حكم الحرابة خاصة ، وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى فى ردته فى دار الإسلام ثم أسلم ؛ وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال : حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية ؛ وقال : حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم . وقد اختلف فى هذا الباب فى حكم الساحر ؛ فقال مالك : يقتل كفرا ؛ وقال قوم : لايقتل ، والأصل أن لايقتل إلا مع الكفر .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الأقضية

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى ستة أبواب : أحدها : فى معرفة من يجوز قضاؤه . والثانى : فى معرفة ما يقضى به . والثالث فى معرفة ما يقضى فيه . والرابع : فى معرفة من يقضى عليه أو له . والخامس : فى كيفية القضاء . والسادس فى وقت القضاء .

الباب الأول فى معرفة من يجوز قضاؤه

والنظر فى هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه ، وفيما يكون به أفضل . فأما الصفات المشترطة فى الجواز : فأن يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا . وقد قيل فى المذهب إن الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به : واختلفوا فى كونه من أهل الاجتهاد ؛ فقال الشافعى : يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز حكم العامى . قال القاضى : وهو ظاهر ما حكاه جدى رحمة الله عليه فى المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة . وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة ؛ فقال الجمهور : هى شرط فى صحة الحكم ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون المرأة قاضيا فى الأموال ؛ قال الطبرى : يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق فى كل شىء ؛ قال عبد الوهاب : ولا أعلم بينهم اختلافا فى اشتراط الحرية ؛ فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة الكبرى ، وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ؛ ومن أجاز حكمها فى الأموال فتشبيها بجواز شهادتها فى الأموال ؛ ومن رأى حكمها نافذا فى كل شىء قال : إن الأصل هو أن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى . وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته وليس شرطا فى جواز ولايته ، وذلك أن من صفات القاضى فى المذهب ما هى شرط فى الجواز ، فهذا إذا ولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ماهى شرط فى الاستمرار وليست شرطا فى الجواز ، فهذا إذا ولى القضاء عزل ونفذ ما حكم به إلا أن يكون جورا . ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات : ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا . والشافعى يجيز أن يكون فى المصر قاضيان اثنان إذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه ، وإن شرط اتفاقهما فى كل حكم لم يجز ، وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان : الجواز ، والمنع ، قال : وإذا تنازع الخصمان فى اختيار أحدهما وجب أن يقترعا عنده . وإما فضائل القضاء فكثيرة ، وقد ذكرها الناس فى كتبهم . وقد اختلفوا فى الأمى هل يجوز أن يكون قاضيا ؟

والأبين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أميا ؛ وقال قوم : لايجوز ؛ وعن الشافعى القولان جميعا ، لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ، ولا خلاف فى جواز حكم الإمام الأعظم وتوليته للقاضى شرط فى صحة قضائه لاخلاف أعرف فيه : واختلفوا من هذا الباب فى نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الأحكام ، فقال مالك : يجوز ؛ وقال الشافعى : فى أحد قوليه : لايجوز ؛ وقال أبوحنيفة : يجوز إذا وافق حكمه حكم قاضى البلد .

الباب الثانى فى معرفة مايقضى به

وأما فيما يحكم ، فاتفقوا أن القاضى يحكم فى كل شىء من الحقوق كان حقا لله أوحقا للآدميين ، وأنه نائب عن الإمام الأعظم فى هذا المعنى وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء ، وهل يقدم الأئمة فى المساجد الجامعة ؟ فيه خلاف ، وكذلك هل يستخلف فيه خلاف فى المرض والسفر إلا أن يؤذن له ، وليس ينظر فى الجباة ولا فى غير ذلك من الولاة ، وينظر فى التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم : ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم نحلة للمحكوم له به ، وإن لم يكن فى نفسه حلالا ، وذلك أنهم أجمعوا على أن حكم الحاكم الظاهر الذى يعتريه لايحلّ حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك فى الأموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّمَا أنا بَشَرٌ وإنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إلىَّ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ ما أسْمَعُ مِنْهُ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَىْءٍ مِنْ حَقّ أخِيهِ فَلَا يأْخُذْ مِنْهُ شَيْئاً ، فإِنَّمَا أقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ » . واختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم أنه حق وليس بحق ، إذ لايحل حرام ، ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا ؟ فقال الجمهور : الأموال والفروج فى ذلك سواء ، لايحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك مثل أن يشهد شاهدا زورا فى امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبى ليست له بزوجة ؛ فقال الجمهور : لاتحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم ؛ وقال أبوحنيفة وجمهور أصحابه : تحل له : فعمدة الجمهور عموم الحديث

المتقدم ، وشبهة الحنفية أن الحكم باللعان ثابت بالشرع ، وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب ، واللعان يوجب الفرقة ، ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره ، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك إن كانت هي الكاذبة ، لأن زناها لايوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ؛ والجمهور أن الفرقة هاهنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب .

الباب الثالث فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون بأربع : بالشهادة ، وباليمين ، وبالنكول ، وبالإقرار ، أو بما تركب من هذه . ففى هذا الباب أربعة فصول .

الفصل الأول فى الشهادة

والنظر فى الشهود فى ثلاثة أشياء : فى الصفة ، والجنس ، والعدد . فأما عدد الصفات المعتبرة فى قبول الشاهد بالجملة فهى خمسة : العدالة ، والبلوغ ، والإسلام ، والحرية ، ونفى التهمة . وهذه منها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها ؛ أما العدالة ، فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها فى قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى ـ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ـ ولقوله تعالى ـ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ـ واختلفوا فيما هى العدالة ؛ فقال الجمهور : هى صفة زائدة على الإسلام ، وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته ، مجتنباً للمحرمات والمكروهات ؛ وقال أبو حنيفة : يكفى فى العدالة ظاهر الإسلام ، وأن لاتعلم منه جرحة . وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم فى مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق ، وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لاتقبل لقوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ ـ الآية . ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته ، إلا من كان فسقه من قبل القذف ؛ فإن أباحنيفة يقول : لاتقبل شهادته وإن تاب . والجمهور يقولون : تقبل . وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء فى قوله تعالى ـ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ ـ إلى

أقرب مذكور إليه ، أو على الجملة إلا ما خصصه الإجماع ، وهو أن التوبة لاتسقط عنه الحد ، وقد تقدم هذا . وأما البلوغ فإنهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة . واختلفوا فى شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الجراح وفى القتل ، فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ، ومن شرط العدالة البلوغ ، ولذلك ليست فى الحقيقة شهادة عند مالك ، وإنما هى قرينة حال ، ولذلك اشترط فيها أن لايتفرقوا لئلا يجبنوا . واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبير أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة فى الشهادة ، واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا ؟ واختلفوا أيضا هل تجوز فى القتل الواقع بينهم ؟ ولا عمدة لمالك فى هذا إلا أنه مروى عن ابن الزبير . قال الشافعى : فإذا احتج محتج بهذا قيل له : إن ابن عباس قد ردها ، والقرآن يدل على بطلانها ؛ وقال بقول مالك ابن أبى ليلى وقوم من التابعين ، وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة . وأما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط فى القبول ، وأنه لاتجوز شهادة الكافر ، إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك فى الوصية فى السفر لقوله تعالى - يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ الآية . فقال أبو حنيفة : يجوز ذلك على الشروط التى ذكرها الله ؛ وقال مالك والشافعى : لايجوز ذلك ، ورأوا أن الآية منسوخة . وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها فى قبول الشهادة ؛ وقال أهل الظاهر : تجوز شهادة العبد ، لأن الأصل إنما هو اشتراط العدالة ، والعبودية ليس لها تأثير فى الرد ، إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع ، وكأن الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير فى رد الشهادة .

وأما التهمة التى سببها المحبة ، فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة فى إسقاط الشهادة . واختلفوا فى رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التى سببها العداوة الدنيوية ، فقال بردها فقهاء الأمصار ، إلا أنهم اتفقوا فى مواضع على أعمال التهمة ، وفى مواضع على إسقاطها ، وفى مواضع اختلفوا فيها

فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم : فمما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها . ومما اختلفوا فى تأثير التهمة فى شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر ، فإن مالكا ردها وأبا حنيفة ، وأجازها الشافعى وأبوثور والحسن ؛ وقال ابن أبى ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له ، وبه قال النخعى . ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك ، وما لم يكن منقطعا إلى أخيه يناله بره وصلته ، ما عدا الأوزاعى فإنه قال : لاتجوز . ومن هذا الباب اختلافهم فى قبول شهادة العدو على عدوه ؛ فقال مالك والشافعى : لاتقبل ؛ وقال أبو حنيفة : تقبل . فعمدة الجمهور فى رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لاتُقْبَلُ شَهادَةُ خَصْمٍ ولا ظَنِينٍ » وما خرجه أبوداود من قوله عليه الصلاة والسلام « لاتُقْبَلُ شَهادَةُ بَدَوِىٍّ عَلَى حَضَرِىٍّ » لقلة شهود البدوى ما يقع فى المصر ، فهذه هى عمدتهم من طريق السماع . وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة ، وقد أجمع الجمهور على تأثيرها فى الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لايرث القاتل المقتول ، وعلى توريث المبتوتة فى المرض وإن كان فيه خلاف . وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبوثور وداود فإنهم قالوا : تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عمن سواه إذا كان الأب عدلا : وعمدتهم قوله تعالى ـ يا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ ـ والأمر بالشىء يقتضى إجزاء المأمور به إلا ماخصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه . وأما من طريق النظر ، فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب ، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع فى الفاسق ومنع إعمالها فى العادل ، فلا تجتمع العدالة مع التهمة : وأما النظر فى العدد والجنس ، فإن المسلمين اتفقوا على أنه لايثبت الزنى بأقل من أربعة عدول ذكور ، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنى بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى ، فإنه قال : لاتقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم ، وهذا ضعيف لقوله سبحانه ـ واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ ـ وكل

متفق أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى ، إلا ابن أبى ليلى فإنه قال : لابد من يمينه . واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى - فَرَجُلٌ وامْرأتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ - واختلفوا فى قبولهما فى الحدود ، فالذى عليه الجمهور أنه لاتقبل شهادة النساء فى الحدود لامع رجل ولا مفردات ؛ وقال أهل الظاهر : تقبل إذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة فى كل شىء على ظاهر الآية ؛ وقال أبوحنيفة : تقبل فى الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ؛ ولاتقبل عند مالك فى حكم من أحكام البدن : واختلف أصحاب مالك فى قبولهن فى حقوق الأبدان المتعلقة بالمال ، مثل الوكالات والوصية التى لاتتعلق إلا بالمال فقط ؛ فقال مالك وابن القاسم وابن وهب : يقبل فيه شاهد وامرأتان ؛ وقال أشهب وابن الماجشون : لايقبل فيه إلا رجلان . وأما شهادة النساء مفردات ، أعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور فى حقوق الأبدان التى لايطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء . ولاخلاف فى شىء من هذا إلا فى الرضاع ، فإن أباحنيفة قال : لاتقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال ، لأنه عنده من حقوق الأبدان التى يطلع عليها الرجال والنساء . والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات فى هذا الجنس اختلفوا فى العدد المشترط فى ذلك منهن ؛ فقال مالك : يكفى فى ذلك امرأتان ، قيل مع انتشار الأمر ، وقيل إن لم ينتشر ؛ وقال الشافعى : ليس يكفى فى ذلك أقل من أربع ، لأن الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين ، واشترط الاثنينية ؛ وقال قوم : لايكتفى بذلك بأقل من ثلاث وهو قول لامعنى له ؛ وأجاز أبوحنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة ، وأحسب أن الظاهرية أو بعضهم لايجيزون شهادة النساء مفردات فى كل شىء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال فى كل شىء وهو الظاهر . وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ، فإنهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه الصلاة والسلام فى المرأة الواحدة التى شهدت بالرضاع « كَيْفَ وَقَدْ أَرْضَعَتْكُمَا » وهذا ظاهره الإنكار ، ولذلك لم يختلف قول مالك فى أنه مكروه .

الفصل الثانى

وأما الأيمان ، فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعى بينة . واختلفوا هل يثبت بها حق المدعى ؛ فقال مالك : يثبت بها حق المدعى فى إثبات ما أنكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادعى الذى ثبت عليه إسقاطه فى الموضع الذى يكون المدعى أقوى سببه وشبهة من المدعى عليه ؛ وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت فى إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه ، أو إثبات حق أنكره فيه خصمه . وسبب اختلافهم ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى واليَمِينُ عَلَى مَنْ أنْكَرَ » هل ذلك عام فى كل مدعى عليه ومدع ، أم إنما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين ، لأن المدعى فى الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه ؟ فمن قال هذا الحكم عام فى كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال : لا يثبت باليمين حق ، ولا يسقط به حق ثبت ؛ ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال : إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله ، واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه ، مثل دعوى التلف فى الوديعة وغير ذلك إن وجد شىء بهذه الصفة ، ولأولئك أن يقولوا : الأصل ما ذكرنا إلا ما خصصه الاتفاق ، وكلهم مجمعون على أن اليمين التى تسقط الدعوى أو تثبتها هى اليمين بالله ، الذى لا إله إلا هو ، وأقاويل فقهاء الأمصار فى صفتها متقاربة ؛ وهى عند مالك : بالله الذى لا إله إلا هو ، لا يزيد عليها ، ويزيد الشافعى الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وأما هل تغلظ بالمكان ؟ فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فذهب مالك إلى أنها تغلظ بالمكان وذلك فى قدر مخصوص ، وكذلك الشافعى . واختلفوا فى القدر ، فقال مالك : إن من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين فى المسجد الجامع ، فإن كان مسجد النبى عليه الصلاة والسلام ، فلا خلاف أنه يحلف على المنبر ، وإن كان فى غيره

من المساجد فى ذلك روايتان : إحداهما حيث انفق من المسجد ، والأخرى عند المنبر . وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بال فى الجامع ولم يحدد ؛ وقال الشافعى : يحلف فى المدينة عند المنبر ، وفى مكة بين الركن والمقام ، وكذلك عنده فى كل بلد يحلف عند المنبر ، والنصاب عنده فى ذلك عشرون دينارا ؛ وقال داود : يحلف على المنبر فى القليل والكثير ؛ وقال أبو حنيفة : لاتغلظ اليمين بالمكان . وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد فى الحالف على منبر النبى صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا ؟ فمن قال إنه يفهم منه ذلك قال : لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ فى ذلك معنى ؛ ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال : لايجب الحلف على المنبر . والحديث الوارد فى التغليظ هو حديث جابر بن عبدالله الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ حَلَفَ عَلى مِنْبَرِى آثِما تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ » واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا : هو عمل الخلفاء ، قال الشافعى : لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة . قالوا : ولو كان التغليظ لايفهم منه إيجاب اليمين فى الموضع المغلظ لم يكن له فائدة إلا تجنب اليمين فى ذلك الموضع . قالوا : وكما أن التغليظ الوارد فى اليمين مجردا مثل قوله عليه الصلاة والسلام « مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللهُ عَلَيْهِ الجنَّةَ وأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ » يفهم منه وجوب القضاء باليمين ، وكذلك التغليظ الوارد فى المكان . وقال الفريق الآخر : لايفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين ، وإذ لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه إجماع من الصحابة ، والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت ؛ وتغلظ بالمكان عند مالك فى القسامة واللعان ، وكذلك بالزمان لأنه قال فى اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء فى التغليظ فيمن حلف بعد العصر .

وأما القضاء باليمين مع الشاهد فإنهم اختلفوا فيه ؛ فقال مالك والشافعى وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة : يقضى باليمين مع الشاهد فى الأموال . وقال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وجمهور أهل العراق :

لايقضى باليمين مع الشاهد فى شىء ، وبه قال الليث من أصحاب مالك . وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض السماع . أما القائلون به فإنهم تعلقوا فى ذلك بآثار كثيرة ، منها حديث ابن عباس ، وحديث أبى هريرة ، وحديث زيد ابن ثابت ، وحديث جابر ، إلا أن الذى خرّج مسلم منها حديث ابن عباس ، ولفظه « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » خرّجه مسلم ولم يخرجه البخارى . وأما مالك فإنما اعتمد مرسله فى ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » لأن العمل عنده بالمراسيل واجب . وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى

فإنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامرأتان مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ـ

قالوا : وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ، ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة ، وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لاتغير حكم المزيد . وأما من السنة فما خرّجه البخارى ومسلم عن الأشعث بن قيس قال « كان بينى وبين رجل خصومة فى شىء ، فاختصمنا إلى النبى عليه الصلاة والسلام ، فقال شاهداكَ أوْ يَمينُهُ » فقلت : إذا يحلف ولا يبالى ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « مَن حَلَفَ عَلى يَمِين يَقْتَطِع بها مالَ امْرِئٍ مُسْلِم هُوَ فِيها فاجِرٌ لَقِيَ اللهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبان » قالوا : فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ، ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفى أقسام الحجة للمدعى . والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم فى أن اليمين هى حجة أقوى المتداعيين شبهة ، وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت فى القسامة . وهؤلاء اختلفوا فى القضاء باليمين مع المرأتين ، فقال مالك : يجوز لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد ، وقال الشافعى : لايجوز له ؛ لأنه إنما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لامفردة ولا مع غيره ، وهل يقضى باليمين فى الحدود التى هى حق للناس مثل القذف والجراح ؟ فيه قولان فى المذهب .

الفصل الثالث

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله ، فان الفقهاء أيضا اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين : إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شىء بنفس النكول ، إلا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين : يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك فى المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون فى الموضع الذى يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وشاهد ويمين ؛ وقلب اليمين عند الشافعى يكون فى كل موضع يجب فيه اليمين ؛ وقال ابن أبى ليلى : أردها فى غير التهمة ولا أردها فى التهمة . وعند مالك فى يمين التهمة هل تنقلب أم لا ؟ قولان . فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد فى القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار » ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين : إما بيمين وشاهد ، وإما بنكول وشاهد ، وإما بنكول ويمين ، أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية فى الشهادة ؛ وليس يقضى عند الشافعى بشاهد ونكول . وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى ، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى . قالوا : وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعى فهو خلاف للنص ، لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه ، فهذه أصول الحجج التى يقضى بها القاضى . ومما اتفقوا عليه فى هذا الباب أنه يقضى القاضى بوصول كتاب قاض آخر إليه ، لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به ، أعنى إذا أشهد القاضى الذى يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده ، أعنى المكتوب فى الكتاب الذى أرسله إلى القاضى الثانى ، فشهدا عند القاضى الثانى أنه كتابه ، وأنه أشهدهم بثبوته ، وقد قيل إنه يكتفى فيه بخط القاضى ، وأنه كان به العمل الأول . واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة إن أشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم ؛ فقال مالك : يجوز ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة :

لايجوز ولا تصح الشهادة : واختلفوا فى العفاص والوكاء هل يقضى به فى اللقطة دون شهادة ، أم لابد فى ذلك من شهادة ؟ فقال مالك : يقضى بذلك ؛ وقال الشافعى : لابد من الشاهدين ، وكذلك قال أبو حنيفة ؛ وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث ، وقول الغير أجرى على الأصول . ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه ، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضى يقضى بعلمه فى التعديل والتجريح ، وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به ، وأنه يقضى بعلمه فى إقرار الخصم وإنكاره ، إلا مالكا فإنه رأى أن يحضر القاضى شاهدين لإقرار الخصم وإنكاره ، وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه فى تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن فى ذلك خلاف . واختلفوا إذا كان فى المسئلة خلاف ؛ فقال قوم : لايرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع ؛ وقال قوم إذا كان شاذا ؛ وقال قوم : يرد إذا كان حكما بقياس ، وهنالك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس وهو الأعدل ، إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة ، وهذا هو الوجه الذى ينبغى أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء فى موضع من المواضع على الأثر مثل ماينسب إلى أبى حنيفة باتفاق ، وإلى مالك باختلاف . واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة أو إقرار ، أو لايقضى إلا بالدليل والإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لايقضى إلا بالبينات أو الإقرار ، وبه قال أحمد وشريح ؛ وقال الشافعى والكوفى وأبو ثور وجماعة : للقاضى أن يقضى بعلمه ، ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين ، وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر . أما عمدة الطائفة التى منعت من ذلك ، فمنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه رجل فى فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأخبروه ، فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام « إنى خاطِبٌ النَّاسَ وَمُخْبِرُهُمْ أَنَّكُمْ قَدْ رَضِيتُمْ ، أَرَضِيتُمْ ؟ قالوا : نعم ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر ، فخطب الناس وذكر القصة ، وقال : أَرَضِيتُمْ ؟ قالوا لا ، فهم بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله صلى الله

عليه وسلم فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ، ثم قال : أَرَضِيتُمْ ؟ قالوا نعم قال : فهذا بَيِّن فى أنه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم . وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة فى ذلك للقاضى . وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيرا فى الشرع : منها أن لايرث القاتل عمدا عند الجمهور من قتله . ومنها ردهم شهادة الأب لابنه ، وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء . وأما عمدة من أجاز ذلك ، أما من طريق السماع فحديث عائشة فى قصة هند بنت عتبة ابن ربيعة مع زوجها أبى سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان « خُذِى ما يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمَعْرُوفِ » دون أن يسمع قول خصمها : وأما من طريق المعنى فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذى هو مظنون فى حقه فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين . وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا : لايقضى بعلمه فى الحدود ويقضى فى غير ذلك ؛ وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذى يقضى به فقال : يقضى بعلمه الذى علمه فى القضاء ، ولا يقضى بما علمه قبل القضاء . وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبى سفيان لرجل من بنى مخزوم . وقال بعض أصحاب مالك : يقضى بعلمه فى المجلس أعنى بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك ، وهو قول الجمهور كما قلنا ، وقول المغيرة هو أجرى على الأصول ، لأن الأصل فى هذه الشريعة لايقضى إلا بدليل وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

الفصل الرابع فى الإقرار

وأما الإقرار إذا كان بينا فلا خلاف فى وجوب الحكم به ، وإنما النظر فيمن يجوز إقراره ممن لايجوز . وإذا كان الإقرار محتملا رفع الخلاف . أما من يجوز إقراره ممن لايجوز فقد تقدم . وأما عدد الإقرارات الموجبة فقد تقدم فى باب الحدود ، ولا خلاف بينهم أن الإقرار مرة واحدة عامل فى المال . وأما المسائل التى اختلفوا فيها من ذلك فهو من قبل احتمال اللفظ ، وأنت إذا أحببت أن تقف عليه فن كتاب الفروع .

الباب الرابع

وأما على من يقضى ؟ ولمن يقضى ؟ فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس يتهم عليه . واختلفوا فى قضائه لمن يتهم عليه ؛ فقال مالك : لايجوز قضاؤه على من لاتجوز عليه شهادته ؛ وقال قوم : يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة . وأما على من يقضى ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا فى الغائب وفى القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب ، فإن مالكا والشافعى قالا : يقضى على الغائب البعيد الغيبة ؛ وقال أبو حنيفة : لايقضى على الغائب أصلا ، وبه قال ابن الماجشون ؛ وقد قيل عن مالك لايقضى فى الرباع المستحقة : فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه ، لأنه لم يكن غائبا عن المصر . وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام « فإنَّمَا أقْضِي لَهُ بِحَسَبِ ما أسْمَعُ » وما رواه أبو داود وغيره عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله إلى اليمن « لاتَقْضِ لأحَدِ الخَصْمَيْنِ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ » وأما الحكم على الذمى ، فإن فى ذلك ثلاثة أقوال : أحدها أنه يقضى بينهم إذا ترافعوا إليه بحكم المسلمين ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ والثانى أنه مخير ، وبه قال مالك ، وعن الشافعى القولان ؛ والثالث أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكموا إليه . فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى ـ فإنْ جاءُوكَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أوْ أعْرِضْ عَنْهُمْ ـ وبهذا تمسك من رأى الخيار ، ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى ـ وأن احْكُمْ بَيْنَهُمْ ـ ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير . وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافعوا ، فإنه احتج بإجماعهم على أن الذمى إذا سرق قطعت يده .

الباب الخامس

وأما كيف يقضى القاضى ، فإنهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوّى بين الخصمين فى المجلس وألا يسمع من أحدهما دون الآخر ، وأن يبدأ

بالمدعى فيسأله البينة إن أنكر المدعى عليه . وإن لم يكن له بينة فإن كان فى ماله وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق ، وإن كانت فى طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى ؛ وقال مالك : لاتجب إلا مع شاهد ، وإذا كان فى المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لايحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة ؟ اختلفوا فى ذلك ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » وقال مالك : لاتجب اليمين إلا بالمخالطة ؛ وقال بها السبعة من فقهاء المدينة . وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعنيت بعضهم بعضا ، وإذاية بعضهم بعضا ، ومن هنا لم ير مالك إحلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق إلا أن يكون معها شاهد ، وكذلك إحلاف العبد سيده فى دعوى العتق عليه ، والدعوى لاتخلو أن تكون فى شىء فى الذمة أو فى شىء بعينه ، فإن كانت فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينة سمعت منه بينته باتفاق . وكذلك إن كان اختلاف فى عقد وقع فى عين مثل بيع أو غير ذلك . وأما إن كانت الدعوى فى عين وهو الذى يسمى استحقاقا ، فإنهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه ؟ فقال أبو حنيفة : لاتسمع بينة المدعى عليه إلا فى النكاح وما لايتكرر ؛ وقال غيره : لاتسمع فى شىء ؛ وقال مالك والشافعى : تسمع أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه أنه مال له وملك . فعمدة من قال لاتسمع أن الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعى عليه ، فوجب أن لاينقلب الأمر ، وكان ذلك عندهما عبادة . وسبب الخلاف : هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشىء المدعى فيه موجودا بيده ، أم ليست تفيد ذلك ؟ فمن قال : لاتفيد معنى زائدا قال : لامعنى لها ؛ ومن قال تفيد : اعتبرها . فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت إحداهما أمرا زائدا مما لايمكن أن يتكرر فى ملك ذى الملك ؛ فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البينتين ولا يعتبر الأكثر ؛ وقال أبو حنيفة : بينة المدعى أولى على أصله ولاترجح عنده بالعدالة

كما لاتترجح عند مالك بالعدد ، وقال الأوزاعى : تترجح بالعدد وإذا تساوت فى العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه ، فإن نكل حلف المدعى ووجب الحق ، لأن يد المدعى عليه شاهدة له ، ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين : أعنى اليمين . وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدعى فيه عينا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه . وأما إذا كان مالاً فى الذمة ، فإنه يكلف المقر غرمه فإن ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه ، إما بطول السجن والبينة إن كان متهما فإذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى ـ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ـ وقال قوم : يؤاجره ، وبه قال أحمد . وروى عن عمر بن عبد العزيز ، وحكى عن أبى حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، ولا خلاف أن البينة إذا جرحها المدعى عليه أن الحكم يسقط إذا كان التجريح قبل الحكم ، وإن كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك ؛ وقال الشافعى : ينتقض وأما إن رجعت البينة عن الشهادة ، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده ، فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لايثبت ؛ وقال بعض الناس : يثبت . وإن كان بعد الحكم فقال مالك : يثبت الحكم ؛ وقال غيره لايثبت الحكم ، وعند مالك أن الشهداء يضمنون ما أتلفوا بشهادتهم ، فإن كان مالاً ضمنوه على كل حال ؛ قال عبد الملك : لايضمنون فى الغلط ؛ وقال الشافعى : لايضمنون المال . وإن كان دما فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية ، وإن أقروا أقيد منهم على قول أشهب ، ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم .

الباب السادس

وأما متى يقضى ؟ فمنها مايرجع إلى حال القاضى فى نفسه ، ومنها ما يرجع إلى وقت إنفاذ الحكم وفصله ، ومنها مايرجع إلى وقت توقيف المدعى فيه وإزالة اليد عنه إذا كان عينا . فأما متى يقضى القاضى ؟ فإذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام « لايَقْضِى القاضى حِينَ يَقْضِى وَهُوَ غَضْبانُ » ومثل هذا عند مالك أن يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم ، لكن إذا قضى فى حال من هذه

الأحوال بالصواب ، فاتفقوا فيما أعلم على أنه ينفذ حكمه ، ويحتمل أن يقال : لاينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان ، لأن النهى يدل على فساد المنهى عنه ، وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والإعذار إليه ، ومعنى نفوذ هذا ، هو أن يحق حجة المدعى أو يدحضها ، وهل له أن يسمع حجة بعد الحكم ؟ فيه اختلاف من قول مالك ، والأشهر أنه يسمع فيما كان حقا لله مثل الإحباس والعتق ولايسمع فى غير ذلك . وقيل لايسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لايسمع منهما جميعا ، وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه ، وهو ما إذا أقر بالعجز . وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الإعذار ، وهو إذا لم يرد الذى استحق الشىء من يده أن يخاصم فله أن يرجع بثمنه على البائع ، وإن كان يحتاج فى رجوعه به على البائع أن يوافقه عليه فيثبت شراءه منه إن أنكره ، أو يعترف له به إن أقره فللمستحق من يده أن يأخذ الشىء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق ؛ وقال الشافعى : يشتريه منه ، فإن عطب فى يد المستحق فهو ضامن له ، وإن عطب فى أثناء الحكم : ممن ضمانه ؟ اختلف فى ذلك ، فقيل إن عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل إنما يضمن المستحق بعد الحكم ؛ وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه . قال القاضى رضى الله عنه : وينبغى أن تعلم أن الأحكام الشرعية تنقسم قسمين : قسم يقضى به الحكام وجل ماذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم ، وقسم لايقضى به الحكام ، وهذا أكثره هو داخل فى المندوب إليه. وهذا الجنس من الأحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى أواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع . ونحن فقد رأينا أن نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه إن شاء الله تعالى . وأما ينبغى قبل هذا أن تعلم أن السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية ، فمنها ما يرجع إلى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره ، وفى هذا الجنس تدخل العبادات ، وهذه هى السنن الكرامية . ومنها ما يرجع إلى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان : السنن الواردة فى المطعم والمشرب ، والسنن الواردة فى المناكح . ومنها ما يرجع إلى طلب العدل والكف عن الجور . فهذه هى

أجناس السنن التى تقتضى العدل فى الأموال ، والتى تقتضى العدل فى الأبدان ، وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات ، لأن هذه كلها إنما يطلب بها العدل . ومنها السنن الواردة فى الأغراض . ومنها السنن الواردة فى جميع الأموال وتقويمها ، وهى التى يقصد بها طلب الفضيلة التى تسمى السخاء ، وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل : والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه ، وتدخل أيضا فى باب الاشتراك فى الأموال ، وكذلك الأمر فى الصدقات . ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الإنسان وحفظ فضائله العملية والعلمية ، وهى المعبر عنها بالرياسة ، ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين . ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على إقامة هذه السنن ، وهو الذى يسمى : النهى عن المنكر والأمر بالمعروف ، وهى المحبة والبغضة : أى الدينية التى تكون إما من قبل الإخلال بهذه السنن ، وإما من قبل سوء المعتقد فى الشريعة .

وأكثر ما يذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ما شذ عن الأجناس الأربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء ، والعبادة التى هى كالشروط فى تثبيت هذه الفضائل .

كمل كتاب الأقضية ، وبكماله كمل جميع الديوان ، والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله .

ترجمة المؤلف منقولة من الديباج

هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الشهير بالحفيد) من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها ، يكنى أبا الوليد ، روى عن أبيه أبي القاسم استظهر عليه الموطأ حفظا ، وأخذ الفقه عن أبي القاسم بن بشكوال وأبي مروان بن مسرة وأبي بكر بن سمحون وأبي جعفر بن عبد العزيز وأبي عبد الله المازري . وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جريول ، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية ، ودرس الفقه والأصول وعلم الكلام . ولم ينشأ بالأندلس مثله كمالا وعلما وفضلا ، وكان على شرفه أشد الناس تواضعا وأخفضهم جناحا ، وعنى بالعلم من صغره إلى كبره ، حتى حكى أنه لم يدع النظر ولا القراءة منذ عقل إلا ليلة وفاة أبيه ، وليلة بنائه على أهله ، وأنه سود فيما صنف وقيد وألف وهذب واختصر نحوا من عشرة آلاف ورقة . ومال إلى علوم الأوائل ، وكانت له فيها الإمامة دون أهل عصره ، وكان يفزع إلى فتياه في الطب كما يفزع إلى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من الإعراب والآداب والحكمة . حكى عنه أنه كان يحفظ شعر المتنبي وحبيب . وله تآليف جليلة الفائدة ، منها كتاب « بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد » في الفقه (١) ذكر فيه أسباب الخلاف وعلل وجهه ، فأفاد وأمتع به ، ولا يعلم في وقته أنفع منه ولا أحسن سياقا ، وكتاب

---

(١) هو هذا الكتاب الذى أبان عن مقدار معرفة الرجل بالشريعة ، فإنه ذكر فيه أقوال فقهاء الأمة من الصحابة فمن بعدهم ، مع بيان مستند كل من الكتاب والسنة ، والقياس مع الترجيح ، وبيان الصحيح ، فخاض في بحر عجاج ملتطم الأمواج ، واهتدى فيه للسلوك ، ونظم جواهره في صحائف تلك السلوك ، فرحمه الله رحمة واسعة .

الكليات فى الطب ، ومختصر المستصفى فى الأصول ، وكتابه فى العربية الذى وسمه بالضرورى ، وغير ذلك تنيف على ستين تأليفا ، وحمدت سيرته فى القضاء بقرطبة ، وتأثلت له عند الملوك وجاهة عظيمة ، ولم يصرفها فى ترفيع حال ولا جمع مال ، إنما قصرها على مصالح أهل بلده خاصة ومنافع أهل الأندلس .
وحدث وسمع منه أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وأبو الحسن بن سهل ابن مالك وغيرهم . وتوفى سنة خمس وتسعين وخمسمائة ، ومولده سنة عشرين وخمسمائة ، قبل وفاة القاضى جده أبى الوليد بن رشد بشهر .

تقـــريظ

وعند تمام طبعته الأولى قرظه حضرة الأديب الأستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة بهذه الكلمة ، فأحببنا إثباتها حرصا على محاسنها ونشرا لعلو مكانتها ، وهى : إلى الحكيم الراقد فى جدته ، الهانئ بمضجعه ، تحفه مسحة من النور الإلهى ، وعليه حارس من المهابة وسياج من الإجلال ، أهدى غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمات . لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة إلى محلها الأرفع ، فقد هبطت علينا من عالمك العالى ، وطلعت علينا طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل ، طلعت والهدى ، فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فأنبتت الكلأ والعشب وأصاب منها الكثير . أقمت فينا ما شاء الله لك أن تقومى ، وخلفت لك آثارا جعلت لك مقعد صدق فى كل نفس ، ثم عدت سيرتك الأولى : بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك ، أى جو حواك ، وأى آمال وسعتك ، وأى جسم تحمل ما ترومين .

وإذا كانت النفوس كبارا تعبت فى مرادها الأجسام

بينا نراك بين يدى فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة ، وأرضعتك أفاويقها ، وأعانتك درها ، وأنهلتك خيرها ، فلا يظن أنك تعلمين غيرها ، إذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد ، وسهلت لك حزونها ، ووردت منهلا عذبا زاخرا عبابه ، وسائغا شرابه . وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش إليه الحس ، فهو الحق إلا أنه حكم قد ضمن الدر إلا أنه كلم .

أنزه فى رياض العـلم نفسى	وأغـدو فى مسارحها وأمسى
أمتع ناظـرى فيما حوته	وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كئوس الراح عندى	ومن خد الظبا خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمت روضا	به قد غبت عن نفسى وحسى
كأن خـلال أسطره بحـارا	تدفق بالمعارف بعـد رمسى
كتاب حاكه فكر (ابن رشد)	وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا	كما طرد الدجنـة ضوء شمس

بحمد الله تعالى قد تم طبع كتاب

« بداية المجتهد ونهاية المقتصد » للإمام ابن رشد القرطبي

مصححاً بمعرفة لجنة التصحيح

فهرست الجزء الثانى

من بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد القرطبى

صيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

